Zur Lehre

von den

Sachen im Gemeingebrauch.

ACAD.
UGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen.

Vorgelegt von

Paul Lisco
Referendar.

Göttingen 1914.
Druck der Universitätsbuchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

Meinen Eltern.

Inhalt.

Einleitung 7

Kapitel I

Die öffentlichen Sachen 10

Kapitel II

Die Sachen im Gemeingebrauch 21

Kapitel III

Die Vorzugsrechte an Sachen im Gemeingebrauch 37

Literaturverzeichnis.

Arndt: Pandekten 1889.
Bekker: System des heutigen Pandektenrechts 1886.
Biermann: Die öffentlichen Sachen. Gießen 1905.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1913.
Dernburg:
1. Bayrisches Landesprivatrecht. 1903.
2. Elsaß-lothringisches Landesprivatrecht. 1905.
3. Sächsisches Landesprivatrecht. 1908.
4. Badisches Landesprivatrecht. 1906.
5. Mecklenburgisches Landesprivatrecht. 1905.
6. Hamburgisches Landesprivatrecht. 1907.
7. Hessisches Landesprivatrecht. 1910.
8. Landesprivatrecht für Waldeck-Pyrmont. 1910.

Endemann: Bürgerliches Recht.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 1912.
Gierke: Die Genossenschaftstheorie.
„ : Deutsches Privatrecht. 1899 und 1905.
Ihering: Geist des römischen Rechts. 1878.
Layer: Prinzipien des Enteignungsrechts. Leipzig 1902.
Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht.
Georg Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.
Ernst v. Meyer: Verwaltungsrecht in Kohler-Holzendorffs Encyklopädie.
Joseph Oswald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem Deutschen Privat- und Verwaltungsrecht. Diss. Heidelberg 1908.
Regelsberger: Lehrbuch der Pandekten.
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht in Kohler-Holtzendorffs Enzyklopädie. 7. Aufl. Bd. IV.
Stobbe: Lehrbuch des deutschen Privatrechts.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten.
Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867.
Windscheit Kipp: Lehrbuch der Pandekten.

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit sollte ursprünglich den Titel führen: „Die Sondernutzungsrechte an Sachen im Gemeingebrauch". Es gibt wohl wenige Rechtsmaterien, die bis in die neueste Zeit hinein so stiefmütterlich behandelt worden sind wie gerade diese besonderen Nutzungsrechte an Sachen in Gemeingebrauch. Und das, trotzdem wir es bei diesen Rechten meistens mit Erscheinungen zu tun haben, die in das gesamte öffentliche Leben, vor allem auch in das Wirtschaftsleben in tiefgehendster Weise einschneiden und bei denen die Gefahr der Kollision mit anderen Rechten besonders groß ist.

Der erste und einzige, der diese Rechte eingehend und systematisch besprochen hat, ist Otto Mayer in seinem berühmten Deutschen Verwaltungsrecht [1]).

Warum im übrigen bislang keine weitere Versuche unternommen worden sind, diese Materie eingehend und einheitlich zu bearbeiten, feste Rechtsgrundsätze für sie aufzustellen, dafür dürften verschiedene Gründe in Betracht kommen. Einmal liegt es wohl daran, daß wir erst seit verhältnismäßig ganz kurzer Zeit von einer exakten Wissenschaft des „Verwaltungsrechts" sprechen können. Die enorme

1) Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II.

Aufgabe, hier ein einheitliches System zu schaffen und dieses System auszubauen hat wohl bislang die gesamte Kraft in Anspruch genommen. Einzelfragen mußten zurückstehen.

Ein weiterer Grund scheint in der eigenartigen Natur dieser Rechte zu liegen. Öffentliches Recht und Zivilrecht greifen hier in einander ein, durchdringen sich, bedingen sich und bilden so ein seltsames Gemisch, das auf den ersten Blick fremdartig und neu erscheinen muß.

Weder die Zivilisten noch die Öffentlichrechtler haben diesen Mischrechten, die auf keiner Seite ein reines Kind ihrer Wissenschaft waren, allzuviel Beachtung geschenkt. Mit ein paar Brocken hat man sie meist abgespeist.

Bei dem Versuch, diese Sondernutzungsrechte darzustellen, bin ich zu der Überzeugung gekommen, daß auch die Fundamente, auf denen notwendigerweise die Arbeit aufgebaut werden mußte, nämlich die Begriffe „öffentliche Sache", „Gemeingebrauch", „Gebrauchserlaubnis" und andere mehr, daß auch diese Fundamente keineswegs feststehen und etwa ohne Weiteres fähig sind, eine geeignete Unterlage zum Weiterbauen zu bilden.

Deshalb hat sich das Bild der Arbeit und ihr Rahmen verschoben. Ich habe, anstatt diese besonderen Nutzungsrechte speziell zu untersuchen, mir die Aufgabe gestellt, die obengenannten Begriffe, insbesondere den des „Gemeingebrauchs" auf ihren Rechtscharakter und vor allem auf ihre Bedeutung und Brauchbarkeit zu prüfen.

Die Einflüsse der geschichtlichen Vorstufen, der „res publicae" des römischen Rechts, der deutschrechtlichen „Allmend", der „res sacrae" des kanonischen Rechts, habe ich geglaubt dabei außer Acht lassen zu dürfen und zwar deshalb, weil ihre Benutzung und das Aufbauen auf ihnen m. E. häufig mehr Verwirrung geschaffen hat als Klar-

heit. Es handelt sich eben bei diesen hier in Frage stehenden Begriffen nicht um festgelegte, bis ins einzelne hinein kristallisierte Rechtsbegriffe, wie sie uns im Eigentum z. B. gegenüber treten, sondern um solche, die einem steten Wechsel und Wandel unterworfen sind und viel stärker von der jeweiligen Entwicklung des öffentlichen Lebens, insbesondere des Verkehrs- und Wirtschaftslebens, abhängig sind als von ihrer eigenen geschichtlichen Entwicklung.

Auch die Judikatur konnte bei der vorliegenden Arbeit keine Berücksichtigung finden und zwar deshalb, weil sie sich bis in die neueste Zeit hinein auf zum großen Teil veraltete Partikulargesetze stützen mußte und jedes einheitlichen Zuges entbehrte.

Kapitel I.

Die öffentlichen Sachen.

Bevor wir auf das Hauptthema unserer Arbeit, nämlich auf die Sachen im Gemeingebrauch zu sprechen kommen, müssen wir uns kurz mit dem Begriff der „öffentlichen Sache" beschäftigen. Unzweifelhaft finden wir im geltenden Recht eine Reihe von Sachen als öffentliche anerkannt. Die Zuteilung zu dieser Klasse beruht zum Teil auf Aufzählungsversuchen früherer Gesetzbücher, die, wie man sich leicht überzeugen kann, unvollkommen genug ausgefallen sind [1]).

Die Rechtsübung hat Ergänzungen dazu geliefert und Einschränkungen dazu gemacht. In hohem Maße haben Einflüsse geschichtlicher Vorstufen mitgewirkt, die schon obengenannten „res publicae", die „Allmend", die „res sacrae" haben Beiträge geliefert.

---

1) A.L.R. II, 14 § 21: Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates. Code civil Art. 537, 538. Art. 538 sagt: „les chemins, routes, et rues à la charge de l'êtat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire francais, qui ne sont pas susceptibles d'une propriète privée, sont considées comme des dépandances du domaine public".

Gemeinsam ist allen diesen Sachen die Beziehung zu einem „öffentlichen Ganzen". Die Zahl der Sachen, die nicht nur der Befriedigung eines Individualinteresses dienen, wächst in unserer Zeit lavinenartig. Immer mehr drängt unsere Zeit die Individuen dazu, sich nur als Glied eines großen Ganzen zu fühlen, immer stärker drängt die Entwicklung hin auf Zusammenschlüsse, um gemeinsam die Ziele zu erreichen, die dem Einzelnen als solchem nicht erreichbar sind; immer mannigfaltiger, immer umfassender und gewaltiger werden deshalb die Aufgaben des Staates, der Gemeinden, als derjenigen Verbände, die dazu berufen sind, Einrichtungen und Anstalten zu schaffen, die dem Interesse vieler dienen und zugleich Individualinteressen befriedigen. Wir brauchen nur zu erinnern an die Übernahme und Gründung sog. gewerblicher Unternehmungen durch Staat und Gemeinden, wie z. B. der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, der Straßenbahnen, der Schlachthäuser u. s. w.

Neben diesem großen sozialen Zuge, der das Karakteristikum unserer Zeit ausmacht, wird sie auch von Jahr zu Jahr infolge neuer Erfindungen und Entdeckungen unendlich viel reicher an Sachen, an Einrichtungen, die einem öffentlichen Interesse dienen.

Eine Beziehung zum öffentlichen Ganzen ist auch bei allen diesen Anstalten, Einrichtungen und Sachen gegeben, und es entsteht nur die Frage, ob wir auch sie unter den Begriff der öffentlichen Sache subsumieren müssen.

Wir können und müssen es unzweifelhaft dann, wenn wir die Beziehung einer Sache zum öffentlichen Ganzen, ihr Dienen für irgend welche öffentliche Zwecke, sei es mittelbarer sei es unmittelbarer Art, zum Kriterium der öffentlichen Sache machen.

Im Anschluß an das römische Recht, an die Definition, die uns die Römer über die öffentlichen Sachen hinterlassen haben: „res publicae sunt quae usui publico destinatae sunt“ [1]), versteht auch heute noch die herrschende Meinung unter öffentlichen Sachen alle die Sachen, die einem öffentlichen Interesse dienen, die zu öffentlichem Gebrauch bestimmt sind [2]).

Im großen und ganzen ist man sich also insoweit einig.

Aber wie das fast immer zu gehen pflegt, über die Unterscheidungsmerkmale gehen die Ansichten weit ausein-

---

1) I 2. § 5 D. 43, 8.

2) Vgl. hierzu Gierke, Deutsches Privatrecht II § 102: manche körperliche Sachen empfangen dadurch eine besondere Rechtsstellung, daß sie als öffentliche teilweise dem Sachenrecht entzogen sind. Das heutige Recht knüpft eine derartige Wirkung nicht an die Beschaffenheit des Subjektes, dem eine Sache gehört, sondern an die Bestimmung des Sachkörpers für einen als öffentlich anerkannten Gebrauch. Jeder öffentliche Gebrauch macht die ihm gewidmete Sache zu einer öffentlichen Sache.

Fleiner, Inst. d. deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., S. 307 ff.: Die Sachen, deren sich der Staat oder ein anderer öffentlich rechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, nennt man öffentliche Sachen im weiteren Sinn.

Windscheid, I § 146 S. 724: Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude, Festungswerke u.s.w. sind als loca quae publico usui destinatae sunt, res publicae ebenso wie die öffentlichen Flüsse.

Vgl. hierzu ferner noch:

Bekker, Pand. I §§ 77. 78; Regelsberger, Pand. I S. 415 ff.; Dernburg, Pand. I §. 67; Stobbe, Lehrb. d. deutschen Privatrechts. I § 64; Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht § 28; Endemann, Bürg. Recht. Bd. II §§ 4 und 5; Enneccerus, Bürg. Recht. 6. Aufl. Bd. I § 122, 123.

A.A. vor allem:

O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II S. 85 ff.; M. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts. S. 609 ff.

ander. Insbesondere herrscht Streit über die Fragen, ob wir als öffentliche Sachen auch Sachen ansehen können, die nur mittelbar einem öffentlichen Zweck dienen, ferner was unter „öffentlichem Interesse" zu verstehen ist, ob man den „Gemeingebrauch" als wesentliches Begriffsmerkmal einer öffentlichen Sache anzusehen hat und andere Fragen mehr. Im großen und ganzen ist der Streit über alle diese Punkte recht unfruchtbar gewesen und zwar deshalb, weil er zum großen Teil nichts als ein Streit um Worte gewesen ist und heute noch ist. In der Erkenntnis des Begriffs der öffentlichen Sache hat er jedenfalls die Wissenschaft nicht wesentlich gefördert. Etwas wirklich neues, eine Auflehnung gegen den herrschenden Begriff der öffentlichen Sache finden wir zuerst bei O. Mayer [1]). Er behauptet nämlich, der Begriff der öffentlichen Sache setze sich aus zwei Merkmalen zusammen:

a. aus der Zweckbestimmung der Sache,

b. aus einer bestimmten rechtlichen Zugehörigkeit,

beide aber — wie Mayer sagt — nicht selbständig neben einander gedacht, sondern sich gegenseitig durchdringend und bedingend. Die Zweckbestimmung soll darin bestehen, daß die Sache dem öffentlichen Interesse dient und zwar in dem bestimmten Sinn des öffentlichen Interesses als des Zieles der geordneten Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, der öffentlichen Verwaltung. Die rechtliche Zugehörigkeit soll bestehen für ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung, in erster Linie also den Staat. Sie soll diese rechtliche Natur erhalten durch die Art und Weise, wie die Sache dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist. Meyer kommt zu

1) O. Mayer, a. a. O. S. 71 ff.

dem Schluß, öffentliche Sachen seien nur solche Sachen, bei denen das Dienen für die öffentliche Verwaltung ein so unmittelbares sei, daß die rechtliche Herrschaft selbst, in der sie stünden, dadurch ihre besondere Natur bekäme. Diese besonders geartete rechtliche Herrschaft ist das berühmte öffentliche Eigentum, das zwar schon vor Mayer bekannt war, aber in ihm seinen glänzendsten und wärmsten Fürsprecher gefunden hat [1]).

Mit dieser Begriffsbestimmung hat Mayer den Kreis der öffentlichen Sachen so eng gezogen wie nur denkbar. Er kennt nach seinen eigenen Angaben kaum andere öffentliche Sachen als Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Anlagen, Flüsse, die Bahnkörper der Eisenbahn, die ihm allerdings in ihrer juristischen Konstruktion viel zu schaffen machen, Festungen und Sachen im kirchlichen Gemeingebrauch [2]).

Daß Mayer mit dieser seiner Begriffsbestimmung den Ansprüchen unseres Zeitalters in keiner Weise Genüge tut, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Bezeichnend ist nur, daß die Römer, die den Begriff der öffentlichen Sache allerdings in großzügiger Weise gefaßt und ausgedehnt haben, wesentlich mehr öffentliche Sachen kennen, als Mayer [3]).

Von seinem Standpunkt aus kann allerdings Mayer nur diese wenigen Sachen als öffentliche anerkennen, denn, das hat er wohl selbst erkannt, daß es eine Unzahl von Sachen und Einrichtungen gibt, die einerseits dem öffentlichen Interesse im höchsten Maße dienen, auch wohl für

1) Der Begriff des öffentlichen Eigentums ist zuerst klar ausgesprochen bei Eisele: Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. Programm 1873.

2) O. Mayer, a. a. O. S. 76 und 77.

3) J. Oswald, a. a. O. S. 80.

den öffentlichen Gebrauch bestimmt, sind andererseits aber selbst von ihm nicht unter eine besonders geartete rechtliche Herrschaft, nämlich die des öffentlichen Eigentums, gebracht werden könnten.

Wir kehren jetzt zu dem Begriff der öffentlichen Sache zurück, wie ihn die herrschende Meinung faßt: „Öffentliche Sachen sind solche Sachen, die dem öffentlichen Interesse dienen."

Wir müssen uns fragen, haben wir es hier mit einem wirklichen Rechtsbegriff zu tun. Nicht notwendiger Weise nämlich liegt in dem Satze eine echte Definition der „öffentlichen Sache". Es bestehen zwei Möglichkeiten:

1. Es kann sich als praktisch brauchbar erwiesen haben, für gewisse Gruppen von Sachen einen Sammelnamen zu suchen und sie unter diesem Namen zusammenzufassen. Der Ausdruck „öffentliche Sachen" bedeutet in diesem Fall nichts weiter, als daß wir alle Sachen, die dem öffentlichen Interesse dienen, unter dem Sammelausdruck „öffentiche Sachen" zusammenfassen.

2. Es kann sich hinter dem Wort „öffentliche Sache" ein echter Begriff verbergen.

Haben wir es nun hier mit einem Sammelnamen zu tun oder verbirgt sich hinter dem Ausdruck öffentliche Sache ein echter Begriff? Um zu dem Ergebnis zu kommen, daß ein Begriff präzisiert worden ist, müssen wir eigentlich fordern, daß hinter dem Namen „öffentliche Sache" sich der Sinn verbirgt, daß man Gruppen von Sachen gefunden hat, die in gewissen Beziehungen einer gesonderten rechtlichen Beurteilung unterliegen und daß man ferner festgestellt hat, das Hauptmerkmal, wodurch diese Sachen sich von andern unterscheiden, liege darin, daß sie sämtlich dem öffentlichen Interesse dienen.

Darüber, daß tatsächlich viele Sachen, die im Eigentum eines Staates, einer Gemeinde oder eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Verbandes stehen, von der Rechtsordnung anders behandelt werden als andere Sachen, darüber, glaube ich, herrscht wohl kein Streit, so bestritten auch der Umfang und Inhalt dieser Abweichung sein mag. Niemand wird sich der Einsicht verschließen, daß, wo öffentliche, soziale Ziele erreicht werden sollen, Einzelinteressen zurückzutreten haben, mögen sie rechtlich auch noch so begründet sein. Um nur ein Beispiel anzuführen: Es ist in unserer Zeit ein Unding, Zwangsversteigerungen von Schulen, Krankenhäusern, Elektrizitätswerken, Wasserversorgungsanstalten oder anderen, dem öffentlichen Wohle gewidmeten Anstalten oder Einrichtungen herbeizuführen.

Ebensowenig erscheint es nicht zweifelhaft, daß alle diese Sachen einem Zweck dienen, der sich nicht in dem Interesse eines Einzelnen erschöpft, sondern das Interesse einer gewissen Personenmehrheit berührt, sei es als Mitglieder eines Staates, einer Gemeinde oder sonst eines öffentlich-rechtlichen Verbandes.

Daß nun in diesem Dienen oder Bestimmtsein für gewisse soziale oder öffentliche Zwecke gerade das Hauptmerkmal aller dieser Sachen liegt, für die wir die oben angegebene gesonderte rechtliche Beurteilung fordern, das ist bislang mit absoluter Bestimmtheit nicht festgestellt worden, sondern läßt sich nur mit größter Wahrscheinlichkeit vermuten. Mit Gewißheit feststellen ließe es sich nur, wenn bestimmte Gruppen von Sachen, die alle der gesonderten rechtlichen Beurteilung unterliegen, unter das Seziermesser genommen würden, auf ihre einheitlichen Merkmale hin untersucht würden und dann als das Hauptmerkmal, als das maßgebende Kriterium aller, das Dienen oder Be-

stimmtsein für öffentliche Zwecke herausgeschält werden könnte.

Eine Arbeit, die das unternommen hätte, liegt jedoch bislang nicht vor. Darum können wir auch mit absoluter Bestimmtheit, wie gesagt, den Satz, daß das Dienen für öffentliche Zwecke das einzige wesentliche Merkmal aller dieser Sachen sei, nicht aufstellen. Wir wissen nicht, ob sich nicht vielleicht bei näherer Untersuchung noch andere gemeinsame Kriterien feststellen ließen, die dann ebenfalls in die Begriffsbestimmung aufgenommen werden müßten. Da es sich jedoch mit großer Bestimmtheit vermuten läßt, daß das Dienen für öffentliche Zwecke das einzige wesentliche Merkmal dieser Sachen ist, so können wir wohl mit Recht sagen, daß wir es hier nicht nur mit einem Sammelnamen zu tun haben, sondern daß sich hinter dem Ausdruck „öffentliche Sache" ein Begriff verbirgt. Wir haben ferner das Recht, diesen Begriff beizubehalten, da er sich — und das ist das wesentliche bei jedem Begriff — als brauchbar erwiesen hat. Daran kann auch die von O. Mayer aufgestellte Begriffsbestimmung nichts ändern.

Die besondere rechtliche Zugehörigkeit, die er als zweites Begriffserfordernis der öffentlichen Sache aufgestellt hat, das öffentliche Eigentum, es besteht — wir können das gleich an dieser Stelle vorwegnehmen — in Wirklichkeit nicht, sodaß als einziges gemeinsames Kriterium doch wiederum nur die Zweckbestimmung verbleibt.

U. E. ist bei der Aufstellung des Begriffs der „öffentlichen Sache" Otto Mayer ein Fehler unterlaufen. Er sagt: „zum Verwaltungsvermögen rechnet man wohl auch die öffentlichen Sachen." Dabei gerät ihre Eigenart in Gefahr verwischt zu werden. Sie bilden eine Gruppe für sich, das Dienen für die öffentliche Verwaltung wird bei ihnen ein

so unmittelbares, daß die rechtliche Herrschaft selbst, in der sie stehen, dadurch ihre besondere rechtliche Natur bekommt. Wenn wir von öffentlichen Sachen sprechen, so meinen wir Sachen öffentlichen Rechts: res publicae sind res publicae iuris, das will sagen, Sachen, die um ihrer Zweckbestimmung willen einer gesonderten rechtlichen Beurteilung unterliegen, Sachen, bei denen die Beziehungen ihres Herrn als solchen zu anderen grundsätzlich dem Zivilrecht entzogen und in den eigentümlich scharf ausgeprägten Formen des öffentlichen Rechts geordnet sind. Das ists, was wir unter dem Namen öffentliches Eigentum darzustellen haben." Soweit O. Mayer!

Seine Begriffsbestimmung der öffentlichen Sache hängt also von der Anerkennung oder Nicht-Anerkennung eines von ihm a priori aufgestellten Begriffes ab. Sie steht und fällt mit dem Begriff des öffentlichen Eigentums.

Einen Streit über die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums lehnt Mayer mit der kurzen Begründung ab, dies Eigentum sei „wirklich" [1]). Wir werden unten noch auf das öffentliche Eigentum zu sprechen kommen und werden sehen, ob es „wirklich" ist.

Wir trennen für die vorliegende Arbeit die öffentlichen Sachen in öffentliche Sachen in engerem und in weiterem Sinn. Als öffentliche Sachen in weiterem Sinn kommen für uns alle Sachen in Betracht, die nur mittelbar einem öffentlichen Zweck dienen, also vor allem das sog. Finanzvermögen. Es sind dies, wie Fleiner [2]) richtig sagt, Sachen, die durch ihren Kapitalwert oder durch ihre Erträgnisse dem Staat oder der Gemeinde die finanziellen Mittel zur Führung

1) Mayer, a. a. O. S. 72.
2) Fleiner, a. a. O. S. 308.

der öffentlichen Verwaltung liefern, z. B. bar Geld, Wertpapiere, Staatsäcker und Staatsforsten. In ihrer rechtlichen Beschaffenheit unterscheiden sich jedoch diese Sachen in keiner Weise von den lediglich Privatzwecken dienenden Sachen.

Nicht ganz zutreffend erscheint die Einteilung bei Biermann[1]). Er unterscheidet zwischen Privatsachen öffentlicher juristischer Personen und zwischen „öffentlichen Sachen".

Sein Begriff der öffentlichen Sache deckt sich jedoch mit dem, was wir unter „öffentlicher Sache in engerem Sinn" verstehen. Bezüglich der weiteren Einteilung dieser Sachen können wir uns jedoch Biermann voll anschließen. Er unterscheidet

a) Sachen, die dazu bestimmt sind, dem Gebrauch der Allgemeinheit unmittelbar zu dienen: Sachen des Gemeingebrauchs;

b) Sachen, die dem öffentlichen Dienst gewidmet sind[2]).

Was wir unter Gemeingebrauch verstehen, welche Sachen wir als im Gemeingebrauch stehend ansehen, darüber wird noch unten zu sprechen sein. Zu den Sachen des öffentlichen Dienstes rechnen wir mit Biermann vor allem die Dienstgebäude, wie Gerichtsgebäude, Ministerien und andere Verwaltungsgebäude, Schulen, Kasernen, Gefängnisse, Festungswerke, aber auch bewegliche Sachen, die zum dienstlichen Gebrauch der Behörden bestimmt sind, z. B. das Mobiliar und die sonstige Ausstattung der Dienstgebäude, die Telegraphen- und Telephonapparate der Postanstalten, amtliche Registerformulare, Schreibzeuge, das Unterrichtsmaterial der

1) Biermann, Die öff. Sachen, S. 6.

2) Die Unterscheidung in Sachen des Gemeingebrauchs und Sachen des öffentlichen Dienstes stammt von Dernburg, Pand. Bd. I § 71 S. 163. Man kann sie wohl als die herrschende bezeichnen.

Schulen, auch die Abendmahlskelche und sonstigen gottesdienstlichen Sachen u. s. w.

Soviel über den Begriff der öffentlichen Sache. Wodurch wird nun eine Sache öffentlich? Sofern nicht die Natur selbst, wie bei den natürlichen Wasserläufen z. B. einer Sache die Eigenschaft als öffentliche aufgeprägt hat, kann eine Sache an sich nur durch einen öffentlich rechtlichen Akt des zuständigen Staatsorgans zu einer öffentlichen gestempelt und nur durch einen Akt gleicher Art ihrer öffentlichen Zweckbestimmung wieder entzogen werden. Dieser öffentlich rechtliche Gründungsakt ist die bekannte „Widmung" die sich durch Beschluß der zuständigen Behörde vollzieht.

Diese Widmung ist ein echter Verwaltungsakt [1]), denn sie ist tatsächlich nichts anderes als ein Rechtsgeschäft der Verwaltung, wie Laband [2]) treffend den Verwaltungsakt definiert. Es ist daher ebenso unrichtig, wenn O. Mayer der Widmung die Eigenschaft als Verwaltungsakt nehmen will, als wenn er der dinglichen Verfügung den Charakter eines Rechtsgeschäftes nehmen will [3]). Daß die dingliche Verfügung ein Rechtsgeschäft ist, läßt sich wohl nach geltendem Recht nicht bestreiten [4]).

Als Ersatz der Widmung, wo eine solche sich nicht mehr nachweisen läßt, tritt die unvordenkliche Verjährung ein. Nach außen hin tritt als der maßgebende Zeitpunkt, in dem eine Sache öffentlich wird, meist die Indienststellung oder

1) So die herrschende Meinung, a. A. O. Mayer.

2) Staatsrecht, Bd. II S. 175.

3) Mayer, a. a. O. Bd. II S. 64.

4) Vgl. die führenden Lehrbücher und Kommentare des Bürgerlichen Rechts.

Inbetriebnahme hervor, die aber nicht etwa die Widmung selbst darstellt, sondern nur eine Folge der Widmung ist.

Ebenso wie die öffentliche Sache entsteht, so geht sie auch unter. Abgesehen von den Fällen des irreparablen Unterganges der Sache selbst kommt also, wie Oswald [1]) richtig hervorhebt, vor allem in Betracht der contrarius actus der Widmung, nämlich die Einziehung, Kassierung, Ausreihung oder Auflassung der Sache; auch die unvordenkliche Verjährung kann hier eintreten, und zwar als Ersatz der Auflassung.

Kapitel II.

Die Sachen im Gemeingebrauch.

Von den öffentlichen Sachen im allgemeinen gehen wir nunmehr zu den Sachen im Gemeingebrauch über.

Die Hauptfrage, die wir stellen wollen, ist nicht eine von denen, die bislang in der Literatur eingehend beleuchtet worden sind, ob nämlich der „Gemeingebrauch" überhaupt ein Recht ist und wenn ja, was für ein Recht er ist, ein privates oder ein öffentliches, ein dingliches oder ein Persönlichkeitsrecht.

Wir werden zwar auch zu diesen Fragen Stellung zu nehmen haben, die erste Frage jedoch, die wir stellen, lautet: „Was verbirgt sich hinter dem Wort „Gemeingebrauch", welche Erscheinungsformen des täglichen Lebens fassen wir unter diesem Ausdruck zusammen, was haben wir unter einer Sache im Gemeingebrauch zu verstehen?"

---

1) a. a. O. S. 21.

Eine zusammenfassende Regelung der dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen ist beim Inkrafttreten des B.G.B. nicht erfolgt. Wir finden aber in den Motiven zum E.G. B.B.G. einen Fingerzeig darüber, wie das B.G.B. die Sachen im Gemeingebrauch behandelt wissen will und was es selbst unter Gemeingebrauch versteht. Folgende Sätze geben uns darüber Aufschluß: „In Ansehung der dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen, res publicae, ist ein Vorbehalt für die Landesgesetze insofern nicht erforderlich, als es sich um Rechtsnormen des öffentlichen Rechts handelt, kraft welcher eine Sache zum allgemeinen Gebrauch dergestalt bestimmt wird, sodaß es unmöglich ist, solange die betreffende Bestimmung besteht, durch Privatrechtsgeschäfte und Rechtshandlungen den gemeinen Gebrauch zu ändern oder zu beschränken" [1]).

Hieraus ergibt sich u. E. ohne weiteres die Konsequenz, daß die Landesgesetze genau insoweit berechtigt sind, die Rechtsstellung der öffentlichen Sache abzuändern, als es zur Durchführung des gemeinen Gebrauchs erforderlich ist. Das ist übrigens auch die ausgesprochene Ansicht des Reichsgesetzgebers gewesen [2]).

Über das Wesen des Gemeingebrauchs selbst erfahren wir aus dieser Stelle der Motive so gut wie nichts. Es werden identifiziert die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen mit den res publicae. Aus dieser Prämisse könnten wir die Schlußfolgerung ziehen, daß die Motive den „Gemeingebrauch" selbst dem „usus publicus" gleichsetzen wollten, denn „res publicae sunt, quae usui publico destinatae sunt".

Nun sind aber gerade die Worte „res publicae" und

1) Motive E.G. B.G.B. S. 196.
2) Motive zum ersten Entwurf, Bd. III S. 27.

„usus publicus“ Ausdrücke, die nur mit allergrößter Vorsicht anzuwenden sind.

Wir haben nicht umsonst im öffentlichen Recht gerade bei den Fragen der öffentlichen Sache bis in die neuste Zeit hinein unsicheren Boden unter den Füßen gehabt. Auch heute wird noch vielfach in der Literatur mit diesen Worten operiert und zwar meistens gerade da, wo es sich darum handelt, eine wirklich klare Definition zu geben. Da die beiden Begriffe so unendlich ausdehnungsfähig sind, so haben sie natürlich im Großen und Ganzen stets gepaßt, ohne uns jedoch in der Erkenntnis der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht irgendwie förderlich zu sein [1]).

So ist denn das Wesen des Gemeingebrauchs bislang von den meisten Autoren nicht richtig erkannt worden, häufig hat man sich überhaupt mit ihm nicht beschäftigt. Als Beispiel dafür möge zunächst das dienen, was wir in den einzelnen Partikularrechtslehrbüchern über das Wesen des Gemeingebrauchs finden. Wir greifen die zu Dernburgs bürgerlichem Recht als Ergänzungsbände erschienenen Landesprivatrechte für Bayern, Sachsen, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen, Hamburg, Mecklenburg und Waldeck-Pyrmont heraus [2]).

1) Eine rühmliche Ausnahme machen Regelsberger und O. Mayer. Beide haben sich von den Begriffen res publicae und usus publicus losgerissen und versucht, neue Begriffe aufzustellen. Regelsberger a. a. O. S. 425 hat es klar ausgesprochen, daß ein so schwankender Begriff wie der der res publicae keine geeignete und taugliche Grundlage für eine Untersuchung über die öffentlichen Sachen des heutigen Rechts bilden könne.

2) 1. Bayrisches Landesprivatrecht 1903.
2. Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht 1905.
3. Sächsisches Landesprivatrecht 1908.
4. Badisches Landesprivatrecht 1905.
5. Mecklenburgisches Landesprivatrecht 1905.
6. Hamburgisches Landesprivatrecht 1907.
7. Hessisches Landesprivatrecht 1910.
8. Landesprivatrecht für Waldeck-Pyrmont 1910.

1. Im Bayrischen Landesprivatrecht finden wir unter der Überschrift „Wesen des Gemeingebrauchs" folgendes:

a. Derselbe ist zunächst nach seinem Umfang verschieden. Der Umfang bestimmt sich zunächst nach dem Begründungsakt, ev. nach der tatsächlichen Übung. Dies alles natürlich vorbehaltlich der Befugnis der polizeilichen Organe, über die Benutzung Anordnungen zu treffen.

b. Die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs ist schwierig und stark bestritten . . ."

Das ist alles, was über das Wesen des Gemeingebrauchs ausgeführt ist.

2. Im Ergänzungsband für Baden ist folgendes gesagt: „Die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit der öffentlichen Sachen wurzelt in dem Umstand, daß die Sachen dazu bestimmt sind, öffentlichen Zwecken und zwar dem Gemeingebrauch, sei es des Publikums überhaupt oder näher begrenzter Personenkreise zu dienen. . . . Die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs ist sehr bestritten."

3. Der Verfasser des Landesprivatrechts für Sachsen spricht vom Gemeingebrauch überhaupt nur in Verbindung mit den Benutzungsrechten am fließenden Wasser. Er führt aus: „Die Benutzungsrechte am fließenden Wasser unterfallen entweder dem Gemeingebrauch oder stellen besondere Wasserbenutzungsrechte dar.

a. Der Gemeingebrauch: Das ist der Gebrauch, der ohne besondere Vorrichtungen vorgenommen wird und der weder Beschaffenheit noch Lauf des Wassers ändert, z. B. waschen, baden, schwimmen, kahnfahren, flößen. Der Gemeingebrauch eines jeden findet seine Grenze in dem Gemeingebrauch der anderen und den etwaigen Sonderrechten. Daß der Gemeingebrauch öffentlichen Rechtens ist, scheint nicht bestritten zu werden."

4. Das von Kisch bearbeitete Landesprivatrecht für Elsaß-Lothringen schließt sich bezüglich des öffentlichen Rechtes der öffentlichen Sache, also auch des Rechtes des Gemeingebrauchs vollkommen an das Lehrbuch von Otto Mayer an. Es wird ausgeführt:

„Bezüglich ihrer Intensität zerfallen die Befugnisse zum Gebrauch öffentlicher Güter in 3 Arten:

a. Gemeingebrauch: Darunter ist zu verstehen die Benutzung, die eine öffentliche Sache Jedermann kraft ihrer Bestimmung gewährt.

b. Gestattetes Sonderrecht.

c. Förmliches Gebrauchsrecht."

Die einzelnen Befugnisse an Sachen im Gemeingebrauch werden von Kisch aufgezählt.

5. In dem Lehrbuch des hessischen Landesprivatrechts finden wir über den Gemeingebrauch Ausführungen, die wohl auf den Einfluß der Schrift von Biermann: „Die öffentlichen Sachen" [1]) zurückzuführen sind. Der Begriff der öffentlichen Sachen wird in zwei Gruppen von Dingen zusammengefaßt, nämlich

a. Sachen im Gemeingebrauch, wie öffentliche Wege, Straßen, Plätze u.s.w. Es sind solche Sachen, die von einer unbestimmten großen, durch keine engere Gemeinschaft zusammengefaßten Anzahl von Personen benutzt werden können. Der Gemeingebrauch liegt nicht vor, wenn die Benutzung nur auf Grund eines Rechtsgeschäftes möglich ist.

b. Sachen des öffentlichen Dienstes. —

---

1) Biermann, a. a. O. S. 9: die öffentlichen Sachen kommen in zwei Arten vor: a. Sachen, welche dazu bestimmt sind, dem Gebrauch der Allgemeinheit unmittelbar zu dienen: Sachen des Gemeingebrauchs; b. Sachen, welche dem öffentlichen (insbesondere Staats- oder Gemeinde-) Dienste gewidmet sind: Sachen des öffentlichen Dienstes.

6. In dem Ergänzungsband, der das in Hamburg geltende Partikularrecht behandelt, heißt es:

„Die öffentlichen Sachen können der Allgemeinheit dienen

a. indem der Gebrauch der Sache Jedermann freisteht .... Dieser Gemeingebrauch, dessen Rechtsnatur streitig ist, stellt eine allgemeine Befugnis ohne eigentlichen Rechtscharakter auf. Er enthält im wesentlichen die Verpflichtung für den Eigentümer bezw. den Staat, alle Menschen zu der Benutzung zuzulassen. Diese Befugnis ist ein öffentliches Recht. ... Wieweit sich der usus publicus erstreckt, das richtet sich ganz nach der Art der Sachen."

Die Darstellungen der Partikularrechte in Mecklenburg und Waldeck-Pyrmont lassen überhaupt jede Andeutung über das Wesen des Gemeingebrauchs vermissen. Wir können danach zusammenfassend feststellen, daß abgesehen von der an O. Mayer anschließenden Bearbeitung der Lehre vom Gemeingebrauch im Partikularrecht für Elsaß-Lothringen, das Wesen des Gemeingebrauchs, der Begriff, welcher sich hinter diesem Wort versteckt, in keiner der eben genannten Darstellungen erläutert worden ist. Entweder finden wir Ausführungen über den Inhalt des Gemeingebrauchs oder aber über den Rechtscharakter. Damit hört es aber auch auf. Nirgends ist der Versuch gemacht worden, diesem verschleierten Bild zu Sais den Schleier abzureißen und es uns unverhüllt in seiner wahren Natur zu zeigen.

Nicht besser ergeht es uns, wenn wir in den verschiedenen Darstellungen des Verwaltungsrechts nach dem Wesen des Gemeingebrauchs forschen. Weder in dem Verwaltungsrecht von Georg Meyer-Dochow [1]), noch in dem von Ernst v. Meyer [2])

1) Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht 1910.

2) Ernst von Meyer, Verwaltungsrecht in Kohler-Holtzendorffs Encyklopädie.

finden wir irgend etwas über das Wesen des Gemeingebrauchs. Die kurze Darstellung Schoens[1]) ist nicht erschöpfend. Und selbst die Darstellung von Otto Mayer[2]), der sich ziemlich eingehend mit dem Gemeingebrauch beschäftigt hat, läßt ein klares Hervortreten des Wesens des Gemeingebrauchs vermissen.

Inhalt und Wesen des Gemeingebrauchs werden zusammengeworfen. Diese Identifizierung aber des Gemeingebrauchs als solchem mit seinem Inhalt ist unrichtig und zu verwerfen.

Der Inhalt des Gemeingebrauchs ist etwas tatsächliches, etwas faßliches, konkretes. Man kann ihn naturgemäß in keine theoretischen, abstrakten Formen und Formeln pressen. Er ist etwas geschichtlich gewordenes, ein jeweiliger Zustand, den die Rechtsübung im einzelnen Fall stets wieder neu festzustellen hat.

Was wir dagegen unter „Gemeingebrauch" als solchem verstehen, sein Wesen, das ist an sich ein rein abstrakter Begriff, ein Begriff, den wir loszulösen vermögen von Zeit und Raum und unabhängig davon rein formelmäßig aufstellen müssen und auch aufstellen können.

Wir definieren Gemeingebrauch als „die grundsätzlich allen Menschen gegebene Möglichkeit, eine öffentliche Sache, die nicht dem öffentlichen Dienst gewidmet ist, ohne besondere Zustimmung des Eigentümers sinn- und bestimmungsgemäß zu benutzen."

Eine Sache im Gemeingebrauch ist daher für uns eine

---

1) Paul Schoen, a. a. O. S. 286.

2) O. Mayer, a. a. O. S. 116. — Daß die Lehrbücher des Bürgerlichen Rechts nichts Wesentliches über den Gemeingebrauch bringen, ist verständlich.

öffentliche Sache, die nicht dem öffentlichen Dienst gewidmet ist, und deren Benutzung in sinn- und bestimmungsgemäßer Weise grundsätzlich allen Menschen ohne besondere Zustimmung des Eigentümers offen steht.

Im einzelnen ist zu dem oben aufgestellten Begriff des Gemeingebrauchs folgendes zu sagen:

1. Gemeingebrauch ist nur denkbar an einer öffentlichen Sache, d. h. an einer Sache, welche dem öffentlichen, sozialen Interesse dient.

2. Gemeingebrauch besteht nicht an denjenigen öffentlichen Sachen, die dem öffentlichen Dienst, insbesondere dem Staats- oder Gemeindedienst gewidmet sind. Daß diese Sachen auszuscheiden haben, ergibt sich m. E. ohne weiteres aus ihrer Zweckbestimmung. Ihr Zweck wird sich in den meisten Fällen darin erschöpfen, den Behörden zur Ausübung ihrer Tätigkeit zu dienen. Sie stehen also keineswegs grundsätzlich allen Menschen zur Benutzung offen.

3. Zum Begriff des Gemeingebrauchs gehört nicht die tatsächliche Benutzung einer öffentlichen Sache. Wird eine öffentliche Sache tatsächlich von der Allgemeinheit benutzt, so handelt es sich nur um die Ausübung des Gemeingebrauchs. Zum Begriff gehört nur, daß die Möglichkeit zur Benutzung gegeben ist.

4. Diese Benutzungsmöglichkeit muß grundsätzlich allen Menschen gegeben sein. Daß de facto die Benutzung in vielen Fällen nur einem begrenzten Personenkreis möglich ist, was einerseits auf Zufall, andererseits aber auch auf behördliche Anordnungen zurückzuführen sein kann, das ändert an dem Wesen des Gemeingebrauchs selbst nichts.

5. Die Benutzungsmöglichkeit muß gegeben sein unabhängig davon, ob der Eigentümer der öffentlichen Sache, der ja keineswegs mit dem sog. öffentlichen Herrn dieser

Sache identisch zu sein braucht, seine Zustimmung zur Benutzung gibt oder nicht.

Es müssen deshalb ausscheiden aus den Sachen im Gemeingebrauch sämtliche öffentlichen Sachen, deren Benutzung von einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft mit dem Eigentümer abhängt, ganz gleichgültig, ob dieser Eigentümer unter gewissen Voraussetzungen mit Jedermann zu kontrahieren verpflichtet ist oder nicht. Es sind deshalb vor allem keine Sachen im Gemeingebrauch die Eisenbahnen [1]).

6. Es darf sich nur um die Möglichkeit zu einer Benutzung der öffentlichen Sache handeln, die dem Charakter der Sache entspricht und sinn- und bestimmungsgemäß ist. Diese Forderung ist eigentlich ganz selbstverständlich.

Was im Einzelfall die Organe, welche die Regelung des Gemeingebrauchs anzuordnen haben, als sinn- und bestimmungsgemäßen Gebrauch ansehen, ist lediglich Tatfrage. Es wird durch diese Organe aber nur der Umfang, der Inhalt des Gemeingebrauchs geregelt.

So erklärt es sich auch, daß der Inhalt des Gemeingebrauchs örtlich und zeitlich an denselben Sachen die größten Verschiedenheiten aufzuweisen hat. Es ist das Verkehrsbedürfnis, es ist die jeweilige Verkehrsanschauung, welche in dieser Beziehung die Richtlinie abgeben. Auf keinen Fall aber darf man diesen Inhalt des Gemeingebrauchs, dieses rein Tatsächliche, mit dem Gemeingebrauch selbst, dem Begriff, der sich hinter diesem Wort verbirgt, identifizieren.

Soviel über das Wesen des Gemeingebrauchs.

Im Folgenden werden wir uns kurz mit den überaus

---

1) Biermann, a. a. O. S. 9. Regelsberger, Pand. S. 419. Über Eisenbahnen als öffentliche Sache überhaupt vgl. a. O. Mayer, Arch. f. öffentl. Recht, 16, 76.

bestrittenen und schwierigen Fragen nach der Rechtsnatur und dem Schutz des Gemeingebrauchs befassen.

I. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

Ist der Gemeingebrauch überhaupt ein Recht und wenn ja, was für ein Recht ist er, ein privates oder ein öffentliches, ein dingliches oder ein Persönlichkeitsrecht?

Wir antworten auf die erste Frage: Nein, der Gemeingebrauch ist kein Recht. Damit erledigen sich für uns auch ohne weiteres die Unterfragen.

Bevor wir jedoch daran gehen, den von uns eingenommenen Standpunkt zu erklären und zu begründen, müssen wir in kurzen Zügen einen Überblick über diese Streitfrage, die heute ebensowenig verstummt ist, wie zu Zeiten des gemeinen Rechts, geben.

Wir schließen uns in der folgenden Darstellung im Großen und Ganzen an die treffenden und übersichtlichen Ausführungen von Biermann in seiner bereits mehrfach genannten Schrift an.

Daß der Gemeingebrauch ein Recht darstellt, das war unter der Geltung des gemeinen Rechts kaum bestritten; um so bestrittener aber war die Natur dieses Rechts. Als herrschend konnte man wohl die Ansicht bezeichnen, die in dem Gemeingebrauch ein Privatrecht erblickte. Diesen Standpunkt finden wir vor allem in den bedeutendsten Pand.-Lehrbüchern vertreten, unter anderm stützen ihn Regelsberger[1]), Dernburg[2]) und Bekker[3]). Auch Jhering[4]) teilt diese Ansicht.

1) Regelsberger, a. a. O. § 113 S. 421 ff.
2) Dernburg, Pand. § 72 Anm. 7 S. 166.
3) Bekker, System § 78 Beilage I § 342.
4) Jhering, Geist d. R. Rechts Bd. I S. 360.

In scharfem Gegensatz zu ihnen stand Gierke[1]) mit seinem Satz: „An dem für den öffentlichen Gebrauch bestimmten Staatsvermögen (welchem die öffentlichen Gemeindesachen gleichstehen) kommen neben etwaigen freien Privatrechten nur rein publizistische Gebrauchsrechte ohne jede individualrechtliche Beimischung vor".

Unter den Vertretern der privatrechtlichen Theorie des Gemeingebrauchs herrscht wiederum Streit, ob es sich um ein dingliches oder um ein Persönlichkeitsrecht handelt. Regelsberger und Bekker halten ihn für ein Sachenrecht eigentümlicher Art. Dernburg dagegen meint, das Recht des Gemeingebrauchs spiele mehr in die Persönlichkeitsrechte über.

Die Vorherrschaft der privatrechtlichen Theorie des Gemeingebrauchs ist untergegangen. Unter dem Einfluß der modernen Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, vor allem wohl auch unter dem Einfluß der scharfsinnigen Darstellungen O. Mayers ist sie für unsere Zeit so gut wie verschwunden.

Die Lösung der so schwierigen Frage sah man jetzt auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Das öffentliche Recht sollte der Schlüssel sein. Doch auch hier konnte keine Einigung erzielt werden bis auf den heutigen Tag. Jetzt war die Meinung die herrschende, die in dem Gemeingebrauch ein öffentliches Recht sah, aber über die Art dieses Rechtes gingen und gehen die Meinungen weit auseinander.

Drei Hauptmeinungen sind es vor allem:

1. der Gemeingebrauch soll ein subjektives öffentliches Recht sein[2]).

---

1) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 193 ff. (vgl. auch die dort angeführten Entscheidungen).

2) So Oertmann, Bayr. Landesprivatrecht S. 393 und andere.

2. der Gemeingebrauch soll ein absolutes d. i. ein von jedem Objekt losgelöstes publizistisches Individualrecht sein, gerichtet auf das praestare des usus publicus [1]).

3. der Gemeingebrauch soll ein absolutes, mit jeder Persönlichkeit verbundenes Recht, ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit jedes Menschen sein [2]).

Auch das B.G.B. ist ganz offenbar der Annahme gefolgt, daß der Gemeingebrauch kein Privatrecht darstellt. Unter welche Kategorie der öffentlichen Rechte er zu bringen ist, darüber hat es sich nicht ausgesprochen [3]).

Die neuste Gesetzgebung in Preußen vertritt den Standpunkt, das Recht auf den Gemeingebrauch sei ein subjektives öffentliches Recht. Dies kann man mit ziemlicher Sicherheit aus den Bestimmungen über den Gemeingebrauch im neuen preußischen Wassergesetz entnehmen [4]).

Wir können uns, wie bereits oben angedeutet worden ist, mit keiner der oben angeführten Ansichten einverstanden erklären.

Wir sehen in dem Gemeingebrauch überhaupt kein Recht, weder ein privates noch ein öffentliches, weder ein dingliches noch ein Persönlichkeitsrecht. Der Gemeingebrauch erscheint uns als eine rein tatsächliche Befugnis, die allerdings gewisse rechtliche Wirkungen auszulösen vermag. Zu dieser Konsequenz führt uns folgende Überlegung: Man muß unterscheiden zwischen zwei verschiedenen Arten von Rechtsgütern:

1. es gibt solche Rechtsgüter, die von der Rechtsord-

---

1) Kohler, Autorrecht S. 130; Oswald, a. a. O. S. 53.

2) O. Mayer, a. a. O. S. 116.

3) Vgl. hierzu des näheren die treffenden Ausführungen Biermanns a. a. O. S. 44, 45.

4) Vgl. § 25 ff. des Preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913.

nung selbst geschaffen sind und daher auch von dem Dasein dieser Rechtsordnung unbedingt abhängig sind. Solche Rechtsgüter sind z. B. das Eigentum, der Besitz, überhaupt alle wirklichen subjektiven Rechte.

Diese allein kann man im eigentlichen Sinn Rechtsgüter nennen. Sie allein sind wirkliche Gebilde des objektiven Rechtes und geben ihrem Träger etwas Positives.

2. Neben diesen eigentlichen Rechtsgütern, die also das Bestehen einer Rechtsordnung zur Voraussetzung haben, kennen wir andere Güter, die unabhängig von allem Recht jedem lebenden Menschen schon an sich eigen sind, wie z. B. das Leben und die Freiheit.

Ihre Entstehung, ihr Bestand ist nicht abhängig von einer Rechtsordnung, sondern gerade umgekehrt sind sie die Voraussetzung jeder Rechtsordnung. Darin liegt der fundamentale Unterschied zwischen diesen uneigentlichen Rechtsgütern und den eigentlichen Rechtsgütern. Diese haben die Rechtsordnung zur Voraussetzung, jene sind Voraussetzung der Rechtsordnung.

Rechtliche Bedeutung erhalten diese uneigentlichen Rechtsgüter im allgemeinen nur in negativer Weise, nämlich insofern, als die Rechtsordnung gegen ihre Verletzung reagiert und Einspruch erhebt. Sie sind wohl grundsätzlich für das Strafrecht bedeutsamer als für das Zivilrecht.

Zu diesen uneigentlichen Rechtsgütern rechnen wir auch den Gemeingebrauch. Wäre der Gemeingebrauch ein Recht im eigentlichen Sinne des Worts, so müßte diesem Recht auch eine Pflicht gegenüberstehen. Denn jedem Recht muß eine Pflicht gegenüberstehen. Die einzige Pflicht, die in Betracht kommen könnte, wäre die, durch Ausübung des Gemeingebrauchs den Nächsten, die Mitbenutzenden, in der Ausübung ihres Gemeingebrauchs nicht zu stören.

Ist das aber wirklich eine Verpflichtung, die dem Einzelnen gegenüber seinen Mitmenschen auferlegt ist? Man wird diese Frage zu verneinen haben. Die Verpflichtung des Einzelnen besteht hier nicht gegenüber seinen Mitmenschen, sondern lediglich gegenüber der Rechtsordnung.

Zu demselben Resultat wie wir, daß der Gemeingebrauch kein Recht im eigentlichen Sinne ist, gelangen Jellineck[1]) nnd Anschütz[2]). Wir werden unten sehen, daß, wenn auch der Weg, den beide einschlagen, ein anderer ist, als den wir gegangen sind, die Begründung letzten Endes auf dasselbe hinausläuft.

Beide Autoren halten den Gemeingebrauch lediglich für eine bloße Reflexwirkung des objektiven Rechts, für eine „res merae facultatis".

Die glänzende und überzeugende Darstellung Jellinecks lassen wir im Folgenden wörtlich folgen: „Alles öffentliche Recht ist im gemeinen Interesse da, welches identisch mit Staatsinteresse ist. Es ist jedoch nicht identisch mit der Summe der Interessen der Individuen, wenn auch vielfach das Gemeininteresse in das individuelle Interesse ausläuft. Das Gemeininteresse geht vor allem hinaus über das Interesse der momentan den Staat bildenden Menschen, es umfaßt ebenso das Interesse der noch ungeborenen Generationen, es erstreckt sich in die fernste Zeit hinein. Man denke an zahlreiche staatliche Anstalten, die faktisch und rechtlich nur von einer beschränkten Anzahl von Individuen benutzt werden können, an die zahlreichen Beschränkungen der individuellen Freiheit, um zu erkennen, daß Gemeininteresse nicht identisch mit der Summe der Einzelinteressen ist. Von jedem Satz des objektiven Rechtes ist es nun selbst-

1) Jellineck, System S. 70.
2) Anschütz, Verwaltungsarchiv Bd. V, S. 109.

verständlich, daß er staatlichen Zwecken dienen muß, also im Gemeininteresse gegeben ist. Allein nicht notwendig ist es, daß jeder Rechtssatz auch individuellen Zwecken dienen muß. Die Rechtsordnung hat Bestandteile, die in individuellem Interesse da sind, aber nur insofern, als die Förderung des Individualinteresses sich als ein Gemeininteresse darstellt. Indem nun die Rechtssätze des öffentlichen Rechtes im Gemeininteresse den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gebieten, kann das Resultat dieser Aktion oder Nichtaktion bestimmten Individuen zugute kommen, ohne daß die Rechtsordnung beabsichtigte, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern. In solchen Fällen wird man von einer Reflexwirkung des objektiven Rechts sprechen können".

Diese Ausführungen Jellinecks, denen die von Anschütz wesensverwandt sind, lassen sich mit unserer Ansicht in Einklang bringen. An die Stelle des Wortes „Gemeininteresse" tritt bei uns das Wort „Rechtsordnung".

Der Sinn, der in beiden Worten versteckt liegt, scheint uns derselbe zu sein.

Es ist die Verkörperung des großen, staatserhaltenden Gedankens, in deren Hand sämtliche Einzelinteressenfäden- und -sphären zusammenlaufen, die sie ordnet und gegen einander abwägt, um sie dann von höheren Gesichtspunkten aus geordnet und verarbeitet den Menschen als Satzung zurückzugeben.

Es ist nun eine Voraussetzung dieser Rechtsordnung, es ist ein Erfordernis dieses Gemeininteresses, daß grundsätzlich alle Menschen sich in gewissen Grenzen frei bewegen dürfen, d. h. auch gewisse Sachen gemeinsam benutzen dürfen.

Damit sollen dem Einzelnen keine positiven Rechte gegeben werden, nicht Individualinteressen sollen damit be-

friedigt werden, sondern eben das Gemeininteresse. So steht der Gemeingebrauch vor uns, ein interessantes Gebilde, eng an jeden Menschen gekettet und doch kein Recht des einzelnen darstellend.

II. Schutz des Gemeingebrauchs.

Der Schutz, welchen wir dem Gemeingebrauch zukommen lassen, muß sich logischer Weise an das anschließen, was wir über seine Rechtsnatur gesagt haben. Als beseitigt müssen zunächst durch das Inkrafttreten des B.G.B. angesehen werden die gemeinrechtlichen Interdikte. Irgendwelchen greifbaren Ersatz dafür hat das B.G.B. nicht geschaffen. Für nichtanwendbar müssen wir auch die §§ 823. 826 B.G.B. erklären[1]). Sie setzen die Verletzung des Rechtes eines Einzelnen voraus. Da wir in dem Gemeingebrauch kein Recht der Einzelperson erblicken können, müssen wir die Anwendbarkeit dieser Paragraphen ablehnen. Wir geben dem einzelnen als solchem überhaupt keinen Rechtsschutzanspruch für diesen Fall. Damit tritt nun aber keineswegs die gefürchtete Rechtsunsicherheit ein. Denn, wenn Jemand im Gemeingebrauch gestört wird, so liegt zwar kein Eingriff in seine persönliche Rechtssphäre vor, aber es liegt eine Verletzung der Rechtsordnung vor. Demgemäß sind auch die Schutzmittel, die gegen eine Störung im Gemeingebrauch zu Gebote stehen. Das Organ, welches für die Aufrechterhaltung der Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu sorgen hat, dem auch die Regelung des Inhalts des Gemeingebrauches zusteht — das ist die Polizei der öffentlichen Sache —: sie hat einzugreifen und die Störung zu beseitigen,

1) a. A. die herrschende Meinung; vgl. u. A. Biermann, a. a. O. S. 42, Schoen, a. a. O. S. 287, Oswald, a. a. O. S. 51.

aber nicht um den Einzelnen zu schützen, sondern eben nur, um die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen.

So verquicken sich hier Gemeininteresse und Individualinteresse. Das letztere wird geschützt dadurch, daß das Gemeininteresse, die Rechtsordnung, nicht verletzt werden darf.

Kapitel III.

Die Vorzugsrechte an Sachen im Gemeingebrauch.

Während der Gemeingebrauch, wie wir soeben im Einzelnen festgestellt haben, selbst kein Recht einer Einzelpersönlichkeit darstellt, können für den einzelnen an Sachen im Gemeingebrauch besondere Vorzugsrechte bestehen, kraft deren er die übrigen Mitinhaber des Gemeingebrauchs in mehr oder weniger hervortretender Weise vom Gemeingebrauch ausschließen kann. Mannigfachster Art sind diese Benutzungsmöglichkeiten, die im Einzelfall über das Maß der Benutzung hinausgehen, was durch die Polizei der öffentlichen Sache als Inhalt des Gemeingebrauchs festgestellt worden ist. Eine vollzählige Aufzählung ist naturgemäß ebensowenig möglich wie bei den Sachen im Gemeingebrauch. Wir müssen uns damit begnügen, einige zu nennen, die man häufig im Verkehrsleben beobachten kann: Droschkenhaltestellen, Zeitungskioske, Trinkhallen aller Art, große Schaukästen, Verkaufsbuden, Schaubuden auf Jahrmärkten, Badeanstalten in öffentlichen Flüssen, Straßenbahnen, Mühlkanäle, Stauwehre, Bewässerungsanlagen u. s. w.

Überall, bei jeder dieser Sachen oder Anlagen liegt eine Benutzung einer Sache im Gemeingebrauch vor, die über das gewöhnliche Maß dessen hinausgeht, was man

zum Inhalt des Gemeingebrauchs wird rechnen dürfen. Aber in wie verschiedenem Umfang tritt nicht eine Behinderung des Gemeingebrauchs ein, wie verschieden sind nicht die einzelnen über den jeweiligen Inhalt des Gemeingebrauchs hinausgehenden Benutzungsarten in ihrem Wesen! Auf der einen Seite groß angelegte, unter Umständen tief in das öffentliche Verkehrsleben einschneidende Anlagen, hergestellt vielleicht mit einem großen Kostenaufwand, auf die Dauer berechnet, auf der anderen Seite meist nichts, als die einem Einzelnen zustehende Befugnis, die Sache im Gemeingebrauch in gewissem Sinne stärker zu benutzen als die Gesamtheit der andern, häufig nur für vorübergehende Zwecke hergestellte Einrichtungen und Anlagen, die ohne besondere Schwierigkeit jederzeit wieder entfernt werden können und einschneidende Bedeutung für das Verkehrsleben nicht oder doch nur selten haben.

Dem modernen Verwaltungsrecht haben wir es zu danken, daß diese Unterschiede in der Benutzung zuerst auseinandergehalten und gewürdigt worden sind. Von „Gebrauchserlaubnis", im Gegensatz zum „Sondernutzungsrecht" spricht Otto Mayer[1]) und im Anschluß an ihn Schoen[2]); in „öffentliche Vorzugsrechte im Gemeingebrauch" und „Privatrechte auf besonderem Gebrauch" teilt Gierke[3]) sie ein, Fleiner[4]) nennt die einen „gesteigerter Gemeingebrauch", die anderen „Sondernutzungsrechte". In Literatur und Praxis ist die von Otto Mayer gewählte Ausdrucksform die herrschende geworden.

Der Begriff der „Gebrauchserlaubnis" ist wie gesagt ganz

1) O. Mayer, a. a. O. S. 138.
2) Schoen, a. a. O. S. 247.
3) Gierke a. a. O. S. 27.
4) Fleiner, a. a. O. S. 332. 333.

jung. Das erklärt sich u. E. vor allem wohl damit, daß gerade in letzter Zeit das gesamte Verkehrswesen einen ungeahnten Aufschwung genommen hat, sodaß die wichtigsten Sachen im Gemeingebrauch, wie z. B. die öffentlichen Straßen, Wege, Plätze, Flüsse und Kanäle heutzutage vom Verkehr in viel stärkerer Weise in Anspruch genommen werden, als noch vor etwa 50 Jahren. Man brauchte zu damaligen Zeiten, als der Verkehr sich noch in ruhigen Bahnen bewegte, als es noch in kleineren Städten allgemein üblich war, daß viele Handwerke auf der Straße betrieben wurden als ein Ausfluß des jedem zustehenden Gemeingebrauchs, wir sagen, damals brauchte man den für die Neuzeit geprägten Begriff „Gebrauchserlaubnis" noch nicht.

Der Umfang des Gemeingebrauchs war naturgemäß ein ganz anderer, meistens ein viel weiterer als heutzutage, ebenso wie er — wir haben das bereits oben ausgeführt — heute lokal sehr verschieden ist. Wozu heute nach Otto Mayer eine Gebrauchserlaubnis nötig ist, was wir Moderne also als eine Benutzungsmöglichkeit empfinden, die unmöglich jedem Einzelnen zur Ausübung überlassen werden darf, das fiel in jenen Zeiten in den weitaus meisten Fällen in den Rahmen des zulässigen Inhalts des Gemeingebrauchs, wo nicht, da wurde ein Sonderrecht begründet.

Wir können bereits an dem ebengesagten erkennen, daß wir es hier offenbar mit äußerst flüssigen Grenzen zu tun haben. Wo hört der Gemeingebrauch auf, wo fängt das Sonderrecht an, welche Funktionen zwischen beiden erfüllt die Gebrauchserlaubnis?

Es ist das unbestreitbare Verdienst Otto Mayers, als erster versucht zu haben, hier scharfe Grenzlinien zu ziehen, während im übrigen sowohl die Zivilisten, als auch die Öffentlichrechtler gerade diesen Vorzugsrechten an Sachen im

Gemeingebrauch nicht das nötige Interesse geschenkt haben und sie demgemäß auch nicht entsprechend gewürdigt haben. Wir werden uns daher bei unseren folgenden Ausführungen fast ausschließlich mit Otto Mayer zu beschäftigen haben. Der oberste Grundsatz, von dem Mayer bei der Betrachtung der Vorzugsrechte an Sachen im Gemeingebrauch ausgeht, ist folgender: „Aller Gebrauch, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, bedarf staatlicher Gewährung. Das ursprüngliche Recht, das ein jeder auf den Gemeingebrauch hat, hört hier auf, an seine Stelle tritt das abgeleitete Recht". Als Ausgangspunkt der Gewährung ihrerseits kommt nach Mayer die rechtliche Herrschaft über die öffentliche Sache in betracht, welche dem Gewährenden zusteht und die er ausübt in der Einräumung verschiedenartiger Nutzungen, entweder ganz frei oder aber in bestimmter Ordnung.

Diese Gewährungen werden eingeteilt in zwei scharfgetrennte Arten, nämlich in die bereits erwähnten sog. Gebrauchserlaubnisse und Sondernutzungsrechte.

I. Die Gebrauchserlaubnis.

Ihr Wesen und ihre Eigenart erschöpft sich nach Mayer darin, daß dem Einzelnen eine tatsächliche Einräumung an der Sache im Gemeingebrauch gemacht wird, vermöge deren er die öffentliche Sache benutzen darf in einer im Gemeingebrauch nicht schon enthaltenen Weise, ohne von dem Herrn der öffentlichen Sache daran gehindert zu werden. Um die Konturen dieses eigenartigen Bildes schärfer hervortreten zu lassen, hat Otto Mayer es von allen Seiten eingehend beleuchtet und durchleuchtet und hat dann im einzelnen verschiedene Regeln für die Gebrauchserlaubnis zusammengestellt.

Wir müssen das hauptsächlichste davon hier kurz wiedergeben:

1. Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis gehört zur laufenden Verwaltung. Sie hat daher auszugehen von dem Organ, dem die Verwaltung der öffentlichen Sache obliegt, d. h. von der Polizei der öffentlichen Sache. Ist Polizei und Eigentum an der öffentlichen Sache nicht in denselben Händen, dann ist zuständig lediglich die Polizeibehörde und die von ihr abhängigen Bediensteten. Auch untergeordnete Bedienstete können eine solche Gebrauchserlaubnis erteilen.

2. Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Gebrauchserlaubnis weder ein bloßes Anerkennen und Geschehenlassen eines an sich schon bestehenden Rechtes des Gemeingebrauchs, noch etwa soll sie mit der Kraft des Rechtsgeschäftes neue Rechtsverhältnisse an der Sache begründen. Lediglich eine tatsächliche Verwendung der Sache ist es, kraft des Berufes sie zu verwalten. Erteilung und Versagung der Erlaubnis steht grundsätzlich frei.

3. Es wird keine rechtliche Herrschaft über die Sache zu Gunsten eines Einzelnen begründet. Es wird überhaupt kein Recht begründet. Der Schwerpunkt der erteilten Erlaubnis liegt in der Herstellung der tatsächlichen Möglichkeit des bestimmten Gebrauches. Die einzige rechtliche Bedeutung liegt in einem Eingreifen in das Gebiet der Polizei der öffentlichen Sache. Ein polizeiliches Vorgehen gegen diesen erhöhten Gebrauch ist unzulässig. In der Wirkung kommt die Gebrauchserlaubnis einer echten Polizeierlaubnis gleich. Dieses Rechtsinstitut liegt jedoch nicht vor, denn die Polizeierlaubnis ist ein Verwaltungsakt, der das durch rechtssatzmäßiges Verbot oder durch Strafsetzung bestimmte Rechtsverhältnis für den Einzelfall anders gestaltet.

Bei der Gebrauchserlaubnis aber liegt gerade kein Verwaltungsakt vor. Die Tatsache der bloßen Einwilligung genügt.

4. Dienstanweisungen ändern nichts an dem durch die Erlaubniserteilung begründeten Rechtsverhältnis. Ausnahmsweise ist die Erteilung durch gesetzliche Bestimmung gebunden. Der Erlaubnisträger hat ein Recht auf den Gebrauch. Es bedeutet dieses aber nicht etwa ein Recht an der Sache, sondern es ist nur ein rechtlicher Anspruch gegen den Herrn der Sache, daß dieser wiederum sein Recht in bestimmter Weise ausübe.

5. Dritten gegenüber ist weder in dem einen noch in dem andern Fall für den Inhaber ein selbständiges Recht gegeben. Gegen Störungen kann nur die Polizei der öffentlichen Sache angerufen werden. Wird eine Gebrauchserlaubnis gestört, so wird damit zugleich die gute Ordnung der öffentlichen Sache gestört, für deren Aufrechterhaltung die Polizei zu sorgen hat.

Das sind die wesentlichen Regeln, die Otto Mayer für die Gebrauchserlaubnis aufgestellt hat.

Unsere Aufgabe ist es jetzt, dazu Stellung zu nehmen. Wir wollen zunächst im Anschluß an die Ausführungen Mayers betrachten, was er über die rechtliche Natur der Gebrauchserlaubnis sagt. Er behauptet, sie sei kein bloßes Anerkennen und Geschehenlassen eines an sich schon bestehenden Rechtes des Gemeingebrauchs.

Hier ist also schon eine Grenzlinie, die Mayer zwischen Gemeingebrauch und Gebrauchserlaubnis zieht. Die Gebrauchserlaubnis geht über das Recht des Gemeingebrauchs hinaus.

Wir werden zu prüfen haben, ob diese Grenzlinie in Wirklichkeit vorhanden ist, ob sich der von Mayer aufgestellte Satz, die Gebrauchserlaubnis sei kein bloßes Anerkennen und Geschehenlassen eines an sich schon bestehenden Rechtes des Gemeingebrauchs, halten läßt oder nicht.

Wir behaupten, daß sich diesem Satz mit gleichem Recht der folgende gegenüberstellen läßt: „Die Gebrauchserlaubnis ist nichts als ein Geschehenlassen eines an sich schon bestehenden Rechts des Gemeinbrauchs". Worin ist der Unterschied in den beiden Auffassungen bedingt? Nur darin, daß die Ansicht Otto Mayers und unsere Ansicht über das Wesen des Gemeingebrauchs auseinandergehen. U. E. ist auch Mayer in den Fehler verfallen, trotzdem er zunächst eine Scheidung vom Wesen des Gemeingebrauchs und Inhalt des Gemeingebrauchs vorgenommen hat, diese Scheidung nicht konsequent durchzuführen. Nach unserer Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs bestand sein Wesen darin, daß er grundsätzlich allen Menschen die Möglichkeit bot, eine öffentliche Sache, die nicht eine Sache des öffentlichen Dienstes ist, ohne besondere Zustimmung des Eigentümers sinn- und bestimmungsgemäß zu benutzen. Es läßt sich wohl kaum darüber streiten, daß, wenn wir diese Definition des Gemeingebrauchs zugrunde legen, die Lebensflamme der sog. Gebrauchserlebnis ins Erlöschen kommt. Die Gebrauchserlaubnis wird nämlich dann in den weitaus meisten Fällen, wie wir oben behauptet haben, nichts anderes sein als das Geschehenlassen und Anerkennen eines an sich schon bestehenden Rechtes des Gemeingebrauchs. Daß die Mehrzahl der sog. Gebrauchserlaubnisse sich theoretisch in den Rahmen einer sinn- und bestimmungsgemäßen Benutzung der jeweiligen Sache im Gemeingebrauch einfügen lassen, das dürfte wohl nicht fraglich sein. An sich dürfte also jeder kraft des ihm zustehenden Rechts des Gemeingebrauchs nach unserer Ansicht die jeweilige Sache im Gemeingebrauch so benutzen, wie Otto Mayer es nur auf Grund einer besonderen Gebrauchserlaubnis gestatten will.

Wir haben eben gesagt, theoretisch würden die Gebrauchs-

erlaubnisse in den Rahmen einer sinn- und bestimmungsgemäßen Benutzung der Sache im Gemeingebrauch fallen; praktisch liegt die Sache natürlich anders. Mit der praktischen Durchführung unseres Satzes würde naturgemäß bei der Art und Weise, wie heute die Sachen im Gemeingebrauch zum öffentlichen Verkehr bestimmt sind, eine ganz erhebliche Störung dieses öffentlichen Verkehrs zu befürchten sein. Hier ist nun aber die Polizei der öffentlichen Sache da, die für den Einzelfall die Regelung des Inhalts des Gemeingebrauchs in den Händen hat. Sie hat zunächst als Polizei der öffentlichen Sache dafür zu sorgen, daß Ruhe, Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Verkehrsleben herrscht. Aus ihrem Beruf geht ihre Befugnis und ihre Pflicht hervor, jeden Gebrauch einer Sache, die dem öffentlichen Verkehr übergeben worden ist, der ihrer Ansicht nach die gute Ordnung oder die Sicherheit und Ruhe der Sache stören würde, zu untersagen, d. h. den Inhalt des Gemeingebrauchs zu beschränken. Selbst wenn wir also annehmen, die Befugnis, die Otto Mayer dem Einzelnen nur auf Grund einer besonderen Gebrauchserlaubnis zugestehen will, habe an sich jeder kraft des ihm zustehenden Rechts des Gemeingebrauchs, so brauchen wir doch nicht zu fürchten, daß unser Verkehrsleben dadurch irgendwie gestört wird. Denn die Polizei der öffentlichen Sache hat in unserer Zeit das ihr zustehende Recht, den Inhalt des Gemeingebrauchs zu regeln, durchgängig in der Weise ausgeübt, daß der Inhalt des Gemeingebrauchs auf die Befugnisse beschränkt worden ist, die tatsächlich, wenn nicht unvorhergesehene Fälle eintreten, eine Störung des öffentlichen Verkehrs nicht hervorrufen können. In jedem Dorfe, in jeder Stadt, auf öffentlichen Straßen und Wegen ebensogut wie auf öffentlichen Flüssen und Kanälen sind eingehende Bestimmungen darüber getroffen,

wieweit ein jeder die Sache benutzen darf. Jede Benutzung, die über das in den Bestimmungen Enthaltene hinausgehen würde, ist daher trotz des dem Benutzenden an sich zustehenden Rechts des Gemeingebrauchs von einer besonderen Erlaubnis der Polizei der öffentlichen Sache abhängig.

Wir haben es also hier mit der merkwürdigen Erscheinung zu tun, daß ein Vetorecht, welches einer Behörde zugelegt worden ist, in so umfangreichem Maße ausgeübt worden ist, daß daraus allgemeine Bestimmungen hervorgegangen sind, deren Übertretung im einzelnen Fall eine Polizeierlaubnis voraussetzt. Und zwar steht diese Erlaubniserteilung seitens der Polizei der öffentlichen Sache nicht nur in der Wirkung einer echten Polizeierlaubnis gleich, sondern sie ist selbst, wie wir unten auch noch sehen werden, eine echte Polizeierlaubnis.

Theoretisch brauchen wir daher den von Otto Mayer aufgestellten Begriff der Gebrauchserlaubnis überhaupt nicht. Folgt man unserer Definition des Gemeingebrauchs, so wird der ganze Begriff der Gebrauchserlaubnis hinfällig und überflüssig. Es ist somit ein Fehler, wenn Oswald[1]) z. B., der das Wort „Gemeingebrauch" durch „öffentlichen Gebrauch" ersetzt wissen will, den Begriff „Gebrauchserlaubnis" oder wie er sich im Anschluß an Gierke ausdrückt „öffentliches Vorzugsrecht an Sachen im Gemeingebrauch", anerkennt. Logischerweise hätte er diesen Begriff als von seinem Standpunkt aus überflüssig streichen müssen. Im wesentlichen richtig ist die Behandlung dieser sog. Gebrauchserlaubnisse bei Fleiner[2]), nur scheint uns der Ausdruck „gesteigerter Gemeingebrauch" nicht gerade sehr glücklich gewählt.

---

1) Oswald, a. a. O. S. 14.
2) Fleiner, a. a. O. S. 332.

Soviel zunächst über die rechtliche Natur der sog. Gebrauchs- oder besser gesagt Polizeierlaubnisse. Ob und inwieweit die ebengemachten Ausführungen zutreffen für die Sondernutzungsrechte, werden wir unten noch sehen.

Die Erlaubniserteilung seitens der Polizei stellt, wie wir bereits eben angedeutet haben, eine echte Polizeierlaubnis dar [1]), wie sie uns z. B. in der Genehmigung von Betrieben gemäß § 16 Abs. 2 der Reichsgewerbeordnung gegenübertritt [2]). Die Mayerschen Ausführungen sind auch insofern nicht richtig, als er behauptet, diese Polizeierlaubnisse könnten auch von untergeordneten Bediensteten der Polizei erteilt werden. Die Erlaubniserteilung hat vielmehr auszugehen von der Polizeibehörde als solcher. Diese kann natürlich für bestimmte Zwecke auch ihre Unterbeamten delegieren, de facto die Erlaubnis zu erteilen oder zu versagen. Jedenfalls ist aber das Organ, welches die Erlaubnis erteilt und welches verantwortlich ist, stets die Polizeibehörde als solche.

In voller Übereinstimmung mit Otto Mayer dagegen nehmen auch wir an, daß durch eine Polizeierlaubnis keine rechtliche Herrschaft zu Gunsten eines Einzelnen an der fraglichen Sache begründet wird. Zu dieser Konsequenz führt uns allerdings schon die Betrachtung über die rechtliche Zugehörigkeit dieser sog. Polizeierlaubnis. Wir haben oben zu begründen versucht, daß der Gemeingebrauch keine rechtliche Herrschaft über die Sache zu Gunsten des Gebrauchenden zu begründen vermag; fallen nun die einzelnen sog. Polizeierlaubnisse an sich unter den Gemeingebrauch,

1) a. A. auch Schoen S. 287.

2) Vgl. hierzu des näheren die treffenden Ausführungen bei Fleiner S. 354 ff.

so müssen wir bezüglich ihrer zu demselben Resultat kommen.

Was den Schutz des Inhabers einer solchen Polizeierlaubnis gegenüber einer Verletzung seitens eines Dritten anbetrifft, so kommen da ebenfalls dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie wir sie beim Gemeingebrauch schon entwickelt haben. Ebensowenig wie wir dem Inhaber des Gemeingebrauchs wegen einer Störung dieses Gemeingebrauchs ein selbständiges Klagerecht gewährten, ebensowenig hat auch der Inhaber einer sog. Polizeierlaubnis ein klagbares Recht gegen Dritte. Auch er kann gegen Störungen nur die Polizei der öffentlichen Sache anrufen, die auch in diesem Fall als Hüterin der guten Ordnung jede Störung derselben zurückweisen und beseitigen muß.

II. Die Sondernutzungsrechte.

Wir kommen im folgenden zu den sog. Sondernutzungsrechten, die wir ebenfalls auf ihre Rechtsnatur und ihr sonstiges Wesen kurz zu untersuchen haben werden.

Der Begriff des Sondernutzungsrechtes an einer öffentlichen Sache ist nicht wie der Begriff der Gebrauchserlaubnis erst für die Bedürfnisse der Neuzeit geprägt worden. Daß Vorzugsrechte an Sachen im Gemeingebrauch entstehen können und auch bestanden haben zu allen Zeiten, darüber ist man sich in Literatur und Praxis klar. Unklar war man sich aber bis in die neuste Zeit hinein über das Wesen dieser Vorzugsrechte, ihren Inhalt, ihre rechtliche Beschaffenheit und Zugehörigkeit. Wir haben schon oben hervorgehoben, daß gerade diese Materie stets sehr stiefmütterlich behandelt worden ist. Man kann sagen, fast die gesamte Literatur, sowohl die gemeinrechtliche wie auch die neuere, sowohl die

zivilistische, wie auch die Literatur des Verwaltungsrechts, ist an der Frage nach dem Wesen der Sondernutzungsrechte an Sachen im Gemeingebrauch vorübergegangen. Nur einige Beispiele aus der gemeinrechtlichen Literatur mögen zeigen, daß das eben Gesagte richtig ist.

Bekker[1]) macht zwar bei den Sachen im Gemeingebrauch eine Teilung der Rechte in

1. die Rechte aller,
2. die Vorzugsrechte,

findet sich aber mit dem letzteren überraschend schnell ab. Er schreibt wörtlich: „Das Dasein derselben erscheint allgemein anerkannt. Auch ihre rechtliche Natur, daß sie nämlich Servituten ähnlich die im Gemeingebrauch befindlichen Sachen belasten, bedarf wohl keines Nachweises mehr, wogegen betreffs der Einzelheiten Recht und Doktrin noch unentwickelt erscheinen".

Nach der Entstehung unterscheidet Bekker

1. Anliegerrechte,
2. andere besonders erworbene Rechte.

Als Erwerbgründe für die letzteren werden sodann aufgeführt vor allen Privileg (Konzession) und unvordenkliche Zeit. Der Berechtigte darf, was andere nicht dürfen, soll aber gleichwohl die gemeinen Gebrauchsrechte und die besonderen Vorzugsrechte Dritter respektieren, woraus sich häufig schwer auszugleichende Konflikte ergeben. Zu den besonders zu erwerbenden Vorrechten werden die Begräbnisstellen auf Friedhöfen und die Kirchenstühle gerechnet.

Mit diesen wenigen Sätzen wird die ganze Materie der Vorzugsrechte an Sachen im Gemeingebrauch abgespeist.

1) Bekker, a. a. O. S. 243.

Noch viel schlechter ergeht es ihnen bei Windscheid [1]). Er kommt auf die Vorzugsrechte überhaupt nur insofern zu sprechen, als er behauptet, Privatpersonen könnten an öffentlichen Gewässern den Gemeingebrauch nicht ausschließende vorzugsweise Nutzungsrechte durch Privilegien oder unvordenkliche Verjährung erwerben. Verschiedene Lehrbücher, wie z. B. Arndts Pandekten und Vangerow schweigen überhaupt über diese Vorzugsrechte.

Der Erste, der auch diese Sonderrechte eingehend besprochen hat und an Stelle der früher so verwischten Grenzlinien schärfere Grenzen gezogen hat, ist wiederum Otto Mayer. Ihm gebührt u. E. das Verdienst, hier bahnbrechend vorgegangen zu sein und uns in der Frage nach dem Wesen dieser Rechte ein gutes Stück vorwärts gebracht zu haben. Es ist daher notwendig, daß wir auch bei der Betrachtung dieser Rechte zunächst Otto Mayer sprechen lassen.

Er behandelt diese Materie unter der Überschrift: „Verleihung besonderer Nutzungen" und zeigt schon damit an, wie er sich die Art ihrer Entstehung und ihre rechtliche Beschaffenheit denkt. Was versteht nun Otto Mayer unter „Verleihung"? Sie ist nach ihm ein Verwaltungsakt von gewissem Inhalt. Dieser Inhalt muß darin bestehen, daß den Untertanen rechtliche Macht gegeben werden soll über die öffentliche Verwaltung. Das soll in der Weise geschehen, daß er etwas, was zur öffentlichen Verwaltung gehört, ein Stück von ihr bildet, ihm ausgeliefert und in eigenen Besitz erhält. Diesen Sinn gibt Mayer dem Worte „Verleihung", wenn es sich um die Konzession einer Eisenbahn oder eines sonstigen Unternehmens handelt. Als eine

1) Windscheid, Pand. Bd. I, S. 724.

Unterart dieses Begriffes faßt nun Mayer die Verleihung eines besonderen Nutzungsrechtes an einer öffentlichen Sache auf. Es werden also folgende Hauptgrundsätze aufgestellt:

1. Ein Sondernutzungsrecht kann nur begründet werden durch Verleihung,

2. die Verleihung bedeutet die Einräumung einer rechtlichen Macht über die öffentliche Sache, von der ein Stück dem Beliehenen ausgeantwortet wird zum Zweck der besonderen Benutzung.

Hier zeigt sich also gleich der fundamentale Unterschied, den Otto Mayer zwischen Sonderrecht und Gebrauchserlaubnis macht. Das Sonderrecht gibt eine rechtliche Macht über die öffentliche Sache, die Gebrauchserlaubnis hingegen nicht. Als weitere Unterscheidungsmerkmale zwischen einem solchen Sondernutzungsrecht und einer Gebrauchserlaubnis gibt Mayer ferner noch an, diese Nutzungsrechte seien auf die Dauer berechnet, der Beliehene trete in einen förmlichen Besitz an einem Stück der öffentlichen Sache, der sich bekunde durch gewisse Vorrichtungen, die für ihn an der Sache beständen.

Entscheidend in letzter Linie soll allerdings stets der Rechtstitel sein, erkennbar an seiner Entstehungsform und Wirkung.

Im einzelnen stellt Otto Mayer etwa folgende Regeln für die Sondernutzungsrechte auf:

1. Da die Verleihung Besitz an der öffentlichen Sache begründet, geht sie über die laufende Verwaltung hinaus. Derartige Belastungen können daher nicht allein von der Polizei der öffentlichen Sache genehmigt werden. Deren Zuständigkeit hört hier auf, es gehört vielmehr die Zustimmung des ordentlichen Vertreters des Herrn der öffentlichen Sache hinzu, um die Verleihung gültig und wirksam

zu machen. Daher kann durch bloße Freigabe des Gebrauchs, wie z. B. bei der Gebrauchserlaubnis, nie ein Nutzungsrecht begründet werden. Es bedarf eines öffentlichen Rechtsgeschäftes. Die Verleihung muß durch Ausspruch der leitenden Behörde geschehen.

2. Ebenso wie bei der Gebrauchserlaubnis steht es grundsätzlich frei, die Verleihung zu gewähren oder zu versagen, doch bestehen gewisse Gebundenheiten, z. B. bei der Verleihung von Wassernutzungen an öffentlichen Flüssen, die die Wassermasse selbst zu Gunsten des Beliehenen in Anspruch nehmen. Hier ist Einhaltung eines bestimmten Verfahrens Bedingung der Rechtsgültigkeit. Umgekehrt werden auch gewisse Verleihungen genannt, die an einer dazu bestimmten Sache mit einer gewissen Regelmäßigkeit, gleichsam anstaltsmäßig vorgenommen werden, z. B. Gräberkonzessionen, Verleihung von Kirchstuhlrechten u. s. w.

3. Während die Wirkung der erteilten Gebrauchserlaubnis nur in der Eröffnung einer tatsächlichen Benutzungsmöglichkeit bestand, besteht die Wirkung der Verleihung in der Begründung eines echten subjektiven öffentlichen Rechtes. Inhalt dieses Rechtes ist der Besitz des durch die Verleihung bestimmten Stücks der öffentlichen Sache. Diese rechtliche Macht ist ihrerseits nichts anderes als eine Erscheinung der öffentlichen Verwaltung. Damit ist nach Mayer der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts gegeben, das sich bewähren soll in einem Anspruch auf Handhabung durch die staatlichen Behörden und in der Verfügungsmacht des Berechtigten.

4. Wird dieses verliehene Recht gestört, so kann ebenso, wie es bei der Gebrauchserlaubnis stets der Fall ist, eine Störung der guten Ordnung der öffentlichen Sache vorliegen. Dann muß wiederum die Polizei einschreiten und

zwar von amtswegen. Der Unterschied zwischen einem solchen verliehenen Recht aber und einer Gebrauchserlaubnis in der Frage des Rechtsschutzes liegt darin, daß der Beliehene selbständige Rechtsschutzmittel hat. Weil ein subjektives öffentliches Recht verletzt ist, darum ist jedes einzelne Glied der vollziehenden Gewalt gebunden, es zu schützen. Die Gebundenheit besteht gegenüber dem Berechtigten. Er hat einen Anspruch darauf. Es liegt eine Rechtsverletzung vor, wenn er nicht geschützt wird.

5. Die Verschiedenheit der Verleihung von der Erteilung einer bloßen Gebrauchserlaubnis zeigt sich auch im Erlöschen. Der bloße Widerruf, welcher genügt, um eine Gebrauchserlaubnis rückgängig zu machen, kann dem Beliehenen nichts anhaben. Das Recht kann verwirkt werden durch Nichtbeachtung gewisser Vorschriften, es kann für ungültig erklärt werden, kann sonst aber nur aufgehoben oder beschränkt werden infolge anderweiter Bestimmung, die der öffentlichen Sache gegeben wird. Mayer kennt als die beiden möglichen rechtsentziehenden Maßregeln den „Widerruf" und die „Auflassung". Dieser Widerruf ist aber, wie wir sehen, anders geartet wie der, durch den eine Erlaubniserteilung aufgehoben wird. Dieser Widerruf ist ein Verwaltungsakt, das Gegenstück zur Verleihung. Sein Rechtsgrund liegt in der stillschweigenden Bedingung der Vereinbarkeit des gewährten Sondernutzungsrechtes mit dem Hauptzweck der öffentlichen Sache.

Durch Auflassung endet ein verliehenes Recht dann, wenn mit der öffentlichen Sache selbst Änderungen vor sich gehen, die zu ihrer Auflassung führen, d. h. die dieser Sache die Eigenschaft als öffentliche nehmen. Hier soll auch das Nutzungsrecht aufhören, und zwar, weil unmöglich an einer

Sache des zivilrechtlichen Verkehrs ein öffentlich rechtliches Nutzungsrecht bestehen kann.

Soweit Otto Mayer! Wie wir sehen, scharfe Trennung zwischen Gebrauchserlaubnis und Sondernutzungsrecht, mit dem prinzipiellen Unterschiede, daß dieses ein Recht im eigentlichen Sinne darstellt, jene aber nur eine tatsächliche Benutzungsmöglichkeit, eine tatsächliche Verwendung der Sache kraft ihres Berufes. Zu der folgenden kurzen, an die von Mayer aufgestellten Sätze und Regeln anknüpfenden Erörterung der besonderen Nutzungsrechte an Sachen im Gemeingebrauch sei bemerkt, daß alles, was wir darüber sagen, nur Geltung haben kann für die nach 1900 begründeten Nutzungsrechte an Sachen im Gemeingebrauch und daß die mannigfaltigen Nutzungsrechte, die in früheren Zeiten entstanden sind, und als deren Entstehungsgründe vor allem Kauf, Ersitzung, Erbrecht und landesherrliche Privilegien in Betracht kamen, hier unbeachtet gelassen sind.

Für uns kommt es nur darauf an, zu erfahren, wie entsteht ein solches besonderes Nutzungsrecht heute und was ist es für eine Art von Recht, ist es ein Privatrecht oder ein öffentliches Recht, ein dingliches oder ein persönliches Recht?

Wie wir oben gesehen haben ist notwendig aber auch hinreichend zu einer Benutzung einer Sache im Gemeingebrauch, die über den Rahmen des von der Polizei geregelten Inhalts des Gemeingebrauchs hinausgeht, eine Gestattung seitens der Polizei der fraglichen Sache im Gemeingebrauch. Wer also heute auf einer öffentlichen Straße als Fuhrherr seine Droschken an bestimmten Stellen der Straßen aufstellen will, oder wer z. B. eine Verkaufsbude auf der Straße errichten will, der bedarf dazu nur einer Erlaubnis seitens der Polizeibehörde.

Wir fragen uns nun, genügt eine solche Polizeierlaubnis auch dann, wenn jemand für den Bau einer Straßenbahn Schienen in eine Straße legen will oder wenn jemand umfangreiche Röhrenleitungen in die Straße einzubauen beabsichtigt oder wenn an einem öffentlichen Fluß jemand für seine Zwecke ein Stauwehr oder einen Mühlkanal herrichten will?

Otto Mayer antwortet auf diese Frage, wie wir aus seinen obigen Ausführungen erkennen können, mit einem „nein". Warum aber für diese Fälle eine einfache Erlaubnis seitens der Polizeibehörde nicht genügt, darüber gibt er u. E. keine ausreichende Erklärung. Die Frage, ob vielleicht irgendwelche Rechtsgrundsätze zwingender Natur sich aufstellen lassen oder gar schon vorhanden sind, darüber, wann zu einer Vorzugsbenutzung einer Sache im Gemeingebrauch eine bloße Gebrauchserlaubnis genügt oder wann ein besonderes Recht begründet werden muß, diese Frage übergeht er mit Stillschweigen. Wenn er sagt, in das Anwendungsgebiet der Verleihung fielen von vornherein nicht alle besonderen Gewährungen, die nur vorübergehend und oberflächlich die öffentliche Sache berührten, so wird das zwar im Großen und Ganzen im praktischen Leben zutreffen, aber die Frage, warum diese nur vorübergehenden Gewährungen nicht in das Gebiet der Verleihung fallen, die ist damit nicht gelöst.

Wir glauben der Lösung dieser Frage näher zu kommen, wenn wir sie erst einmal unter einem andern als dem gebräuchlichen Gesichtspunkt betrachten. Der Wille der Parteien scheint uns das Maßgebende zu sein. Einzig und allein aus der Intention der Parteien heraus erklärt es sich, daß zu gewissen Vorzugsbenutzungen einer Sache im Gemeingebrauch eine bloße Polizeierlaubnis ein-

geholt wird, während man für andere Vorzugsbenutzungen, abgesehen von dieser Erlaubnis der Polizei, noch andere Rechtstitel hinter sich bringt. Bestimmte Rechtssätze darüber, wann eine Polizeierlaubnis genügt oder wann ein Nutzungsrecht begründet werden muß, lassen sich allgemein nicht aufstellen. Abgesehen davon, daß in der Praxis im Interesse der guten Ordnung des Verkehrslebens häufig Anordnungen getroffen werden darüber, welche Benutzungsmöglichkeiten auf Grund einer Polizeierlaubnis erteilt werden und welche ein besonderes Recht verlangen, abgesehen davon wird man rein theoretisch auf jeden Fall sagen müssen, daß Jedem selbst das Recht zusteht, darüber zu bestimmen, ob er sich bei einer Vorzugsbenutzung der Sache im Gemeingebrauch mit einer Polizeierlaubnis begnügen will oder ob er noch Rechtstitel hinter sich bringen will.

An sich steht also dem nichts entgegen, daß ein Unternehmer, der Schienen in eine öffentliche Straße legen will, daß derjenige, der ein Stauwehr aufbauen will, nur um die Erlaubnis der Polizeibehörde einkommt, die je nach Lage des Falles erteilt oder versagt werden kann.

Der springende Punkt ist aber der, daß diese Erlaubniserteilung jeden Augenblick rückgängig gemacht werden kann, ohne Angabe von Gründen widerrufen werden kann, sodaß de facto der Unternehmer, der diese bloße Erlaubniserteilung seitens der Polizeibehörde hat, täglich Gefahr läuft, seine Anlage, die er vielleicht mit großen Mühen und großem Kostenaufwand hergestellt hat, wieder entfernen und wegreißen zu müssen. Hiergegen kann sich der Unternehmer nur dadurch schützen, daß er ein besonderes Recht an der Sache im Gemeingebrauch erwirbt, dem gegenüber der bloße Widerruf der Polizeibehörde, an den übrigens sich irgendwelche Entschädigungspflichten nicht knüpfen, wir-

kungslos abprallt. Er muß sich seinen Rücken durch einen Rechtstitel decken, der stärker ist als die einfache widerrufsbelastete Erlaubniserteilung. Sein Wille ist also das maßgebende Element, nichts anderes. Ein vergebliches Bemühen vor allem wäre es, die Trennung zwischen der sog. Gebrauchserlaubnis und dem Sonderrecht nach rechtlichen Grundsätzen durchführen zu wollen.

Auch in der Frage nach der Entstehung, der Begründungsart eines solchen besonderen Nutzungsrechtes, können wir mit Otto Mayer nicht ganz konform gehen. Nach Mayer entstehen sie durch einseitigen, hoheitlichen Akt der Behörde, „Verleihung" genannt. Der Rechtstitel, der zur Begründung eines Sonderrechtes notwendig ist, ist daher nach Mayer rein öffentlich rechtlich. Die Begründungsmöglichkeit durch Zivilrechtstitel wird nicht anerkannt. Wir können dem nicht folgen. Wir halten auch die Begründung eines solchen Nutzungsrechtes durch ein Privatrechtsgeschäft für möglich, ganz abgesehen natürlich von der Erlaubnis der Polizei, die ja für jeden einzelnen Fall einer Vorzugsbenutzung nötig ist und die diese erteilen oder versagen kann. Man kann u. E. die Erlaubnis auffassen als eine Voraussetzung für das Zivilrechtsgeschäft zur Begründung des Sonderrechts. Für den Fall also, daß der zivilrechtliche Eigentümer einer Sache im Gemeingebrauch nicht zugleich die Polizeigewalt über diese Sache in Händen hat, ist zur Entstehung eines Sonderrechts zweierlei nötig:

1. das Zivilrechtsgeschäft mit dem Eigentümer,

2. die Erlaubniserteilung seitens der Polizei. Diese Erlaubniserteilung ist insofern von der bloßen Polizeierlaubnis, die wir vorhin besprochen haben, zu unterscheiden, als sie nicht ohne weiteres ohne Angabe von Gründen wider-

rufen werden kann. Der Abschluß des zivilrechtlichen Geschäftes hindert sie an diesem unbedingten Widerruf. Dieser darf jetzt nur erfolgen, wenn das öffentliche Interesse es erfordert. In solchem Fall natürlich muß auch das stärkste Sonderrecht zurückstehen. Einzelinteressen müssen eben öffentlichen Interessen weichen. Diese nicht ohne weiteres zu widerrufende Erlaubniserteilung durch die Polzei mag man „Verleihung" nennen. Sie ist aber grundsätzlich nicht von der Polizeierlaubnis verschieden, insbesondere hat sie nicht, wie Otto Mayer annimmt, von anderen Organen auszugehen als die gewöhnliche Polizeierlaubnis.

Wir sind der Ansicht, daß die sog. Verleihung ihr Bestehen nur einem Zufall zu verdanken hat. Und zwar ist es der Zufall, daß bei den weitaus meisten Sachen im Gemeingebrauch der zivilrechtliche Eigentümer der Sache zugleich auch die Polizeigewalt in den Händen hat, wie wir dies vor allem bei den Sachen des Staates sehen. Auch mit dem Staat als zivilrechtlichem Eigentümer muß an sich derjenige, der ein Sondernutzungsrecht begründen will, ein ziviles Rechtsgeschäft vornehmen. Dieses Rechtsgeschäft muß sodann an sich von demselben Staat, mit dem es abgeschlossen worden ist, gebilligt werden. Aus diesen beiden Akten hat sich u. E. aus einfachen Zweckmäßigkeitsgründen heraus ein Gesamtakt gebildet, der sowohl das Zivilrechtsgeschäft wie auch die behördliche Erlaubniserteilung umschließt. Dieser Gesamtakt ist, was wir unter „Verleihung" im Sinne Otto Mayers verstehen. Er ist also keineswegs ein reiner Hoheitsakt, wie das Otto Mayer annimmt. Die Entstehungsart eines Sonderrechtes ist daher grundsätzlich auf das Zivilrecht zurückzuführen.

Es ist übrigens auch interessant zu sehen, daß dieser zivilrechtliche Gedanke der Begründung eines Sonderrechtes

sich auch schon in vereinzelten Fällen in der Praxis zeigt. Wir können hierbei vor allem auf Hamburg hinweisen. Zur Einräumung von Sondernutzungsrechten an Sachen im Gemeingebrauch, die dem hamburgischen Staate gehören, wird in neuerer Zeit fast durchgängig die Form von Vertragsschlüssen gewählt. Diese Verträge, durch welche der Staat die Nutzung der ihm gehörigen Sachen einzelnen über das übliche Maß hinaus gestattet, werden in Hamburg durchweg als privatrechtliche Verträge angesehen und unterliegen dem ordentlichen Rechtsweg[1]).

Aus der eben geschilderten Entstehungsart solcher Sonderrechte können wir Schlüsse ziehen auf die Natur dieser Rechte, insbesondere in der Richtung, ob wir es mit privaten oder öffentlichen Rechten zu tun haben. Im Gegensatz zu Otto Mayer vertreten wir den Standpunkt, daß es sich bei diesen Sonderrechten keineswegs um subjektive öffentliche Rechte handelt, sondern vielmehr um reine Privatrechte[2]), für die an sich einzig und allein maßgebend ist die bürgerliche Rechtsordnung. Diese Privatrechte können natürlich beschränkt werden durch Normen des öffentlichen Rechts, soweit das eben im öffentlichen Interesse erforderlich ist. An sich sind alle Zivilrechtsgeschäfte über sie zulässig[3]).

Als was für Privatrechte haben wir nun aber diese Sonderrechte anzusehen, als dingliche oder Persönlichkeitsrechte?

1) Nöldecke-Dernburg, Lehrbuch, Ergänzungsband Hamburg, S. 354.

2) Derselben Ansicht vor allem Schoen, a. a. O. S. 287, Anschütz, Verw.-Arch. 5, 110.

3) Bezüglich der Einzelheiten, vor allem bezüglich des Standpunktes der Gesetzgebung zur Natur dieser Sonderrechte, müssen wir auf die guten Ausführungen von Otto Mayer und von Jos. Oswald a. a. O. S. 45 ff. verweisen. Diese Einzelheiten gehen über den Rahmen unserer Arbeit hinaus.

Da ein solches Sonderrecht unzweifelhaft eine Belastung der Sache im Gemeingebrauch darstellt, und zwar eine Belastung, die an sich unabhängig von dem Träger des Rechtes ist, halten wir die Sonderrechte für dingliche Privatrechte[1]). Am nächsten verwandt sind sie unzweifelhaft den Servituten des B.G.B. (§ 1018 ff. B.G.B.). Ob man sie nach Analogie dieser Dienstbarkeiten behandeln darf, ihnen also — was ohne Zweifel zweckmäßig wäre — auch den Schutz der §§ 1027, 1029 B.G.B. zubilligen darf, erscheint zweifelhaft. Der von Schoen[2]) angeführte Art. 128 E.G. B.G.B. spricht jedenfalls nicht dagegen. Er besagt lediglich, daß hinsichtlich derjenigen Grundstücke, welche nach Art. 127 nicht im Grundbuch eingetragen sind und nicht eingetragen zu werden brauchen, landesgesetzlich über die Begründung und Aufhebung der Dienstbarkeiten an denselben ganz andere Bestimmungen getroffen werden können, als sie im B.G.B. §§ 873 ff., 1018 ff., 1030 ff. zu treffen sind. Gegen eine analoge Anwendung der Vorschriften des B.G.B. spricht das keineswegs.

Wir sind also mit Otto Mayer zwar einig insoweit, als auch wir annehmen, daß durch ein Sonderrecht eine rechtliche Herrschaft begründet wird, aber dies ist u. E keine Herrschaft über die öffentliche Sache, wie Mayer das behauptet, sondern ein Herrschaftsrecht an einer öffentlichen Sache. Es wird nicht ein Stück der öffentlichen Sache dem Beliehenen ausgeantwortet, es wird kein — wie Mayer sagt — öffentlich rechtlicher Besitz an der Sache begründet, sondern ein Recht an einer fremden Sache, das verwandt ist den Servituten unseres Bürgerlichen Rechts.

Wir sind damit eigentlich am Ende unserer Darstellung

1) Ebenso Schoen, a. a. O. S. 288.
2) Schoen, a. a. O. S. 288.

angelangt. Wir müssen jedoch noch eine Erklärung darüber geben, was Otto Mayer eigentlich unter öffentlich rechtlichem Besitz versteht, und zu diesem Zweck noch kurz eingehen auf das sog. öffentliche Eigentum. Die Lehre vom öffentlichen Eigentum ist zum ersten Mal in allen Konsequenzen von Mayer durchgeführt worden. Es hat zu keiner Zeit an Versuchen gefehlt, für alle Beziehungen der öffentlichen Sachen das öffentliche Recht als ausschließlich maßgebende Norm zu erklären. Das römische Recht schon hat diesem Gedanken praktische Form gegeben, dieselbe Auffassung aber hat fortgelebt in einer namentlich in der Schweiz verbreiteten germanischen Volksanschauung, und das moderne französische Verwaltungsrecht hat diese Anschauung in dem Begriff des domaine public festgehalten. In Deutschland hat wohl als erster Eisele[1]) diesen Gedanken in scharfer Form zum Ausdruck gebracht. Er stellt die Sätze auf: „Das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sachen gehört und zwar ganz und nach allen Seiten dem ius publicum an" und „das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen ist zu bezeichnen als Eigentum des ius publicum oder als publizistisches Eigentum." Unter Führung Otto Mayers, der eine umfassende Rechtsordnung für dieses sog. öffentliche Eigentum aufgestellt hat, kämpft heutzutage eine Minderheit von Schriftstellern, insbesondere Kisch[2]) und Layer[3]), um die Anerkennung dieses Rechtsinstitutes, ohne daß es ihnen gelungen wäre, ihrer Theorie in der Praxis und auch in der Wissenschaft zum Siege zu verhelfen.

Die erste Frage, die wir uns bei Beurteilung dieses a

1) Eisele, die Rechtsverhältnisse der res publicae nach römischem Recht. Basel 1873.

2) Kisch, Landesprivatrecht für Elsaß-Lothringen § 67 ff.

3) Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts. S. 645 ff.

priori aufgestellten Begriffes vorlegen müssen, lautet naturgemäß: Ist der neue Begriff brauchbar, d. h. welche Funktionen übt das öffentliche Eigentum aus, die das zivilrechtliche Eigentum nicht ausüben könnte, was ist der Inhalt dieses öffentlichen Eigentums?

Die Antwort auf diese Frage lautet bei Otto Mayer kurz und bündig: „denken wir uns die ganze zivilrechtliche Rechtsordnung ausgeschlossen und an ihrer Stelle die Regeln des öffentlichen Rechtes allein maßgebend, so haben wir das öffentliche Eigentum, besser öffentlich-rechtliche Eigentum." Wir haben schon oben gesagt, daß Mayer jeden Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen dieses öffentlichen Eigentums ablehnt mit der Begründung, über die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums brauche man nicht zu streiten, es sei wirklich. Es gebe eine Reihe von Sachen, bei denen die Beziehungen ihres Herrn als solchen grundsätzlich dem Zivilrecht entzogen seien und in den eigentümlich scharf ausgeprägten Formen des öffentlichen Rechts geordnet seien. Das sei das öffentliche Eigentum.

Diese juristische Konstruktion von Otto Mayer ist zwar äußerst geistvoll, aber sie hat den Fehler, daß der Begriff kein Fleisch und Blut erhält. Nach welchen Normen des öffentlichen Rechts dieses Eigentum geordnet ist, wo es beginnt, wie es sich zu dem zivilrechtlichen Eigentum stellt, das alles sind Fragen, deren klare Beantwortung die sonst so logischen Ausführungen Mayers vermissen lassen.

Die Entstehung des öffentlichen Eigentums soll geknüpft sein an eine „Widmung". Diese Widmung soll offenbar dasselbe Gebilde sein, was wir bereits oben als Voraussetzung der Entstehung einer öffentlichen Sache im engeren Sinne kennen gelernt haben. Gewiß, das ist richtig, erst

durch die Widmung werden Sachen, die nicht kraft ihrer eigenen Natur öffentliche sind, zu öffentlichen.

Was das aber mit der Entstehung eines von der zivilrechtlichen Eigentumsordnung verschiedenen Eigentums zu tun hat, ist nicht einzusehen. Es scheint hier ein Trugschluß vorzuliegen. Mayer schließt nämlich folgendermaßen: „Alle öffentlichen Sachen müssen nach öffentlichem Recht beurteilt werden. Da für diese Sachen nur die öffentliche Rechtsordnung maßgebend ist, darum unterliegen sie nicht dem zivilrechtlichen Eigentum, sondern einem Eigentum, das für diese öffentliche Rechtsordnung geschaffen ist, nämlich dem öffentlichen Eigentum. Daher muß Entstehungsgrund für dieses Eigentum die Widmung einer Sache zur öffentlichen sein." Soweit ist alles richtig. Die einzige Frage, die wir zu stellen haben und auf die wir keine Antwort erhalten, ist die: Warum müssen denn durchaus sämtliche öffentliche Sachen nach öffentlichem Recht beurteilt werden? Warum ist denn außerdem das Eigentum in der öffentlichen Rechtsordnung ein anderes als das zivilrechtliche Eigentum? Wer beweist uns denn, daß an sich für diese Sachen nicht die gewöhnliche Rechtsordnung maßgebend ist und daß diese nur beschränkt wird durch das öffentliche Recht? Gewiß scheinen an sich einzelne Gründe dafür zu sprechen, die öffentlichen Sachen lediglich als Objekt des öffentlichen Rechts anzusehen und allein die Normen dieses Rechtsgebiets für anwendbar zu erklären, so u. a. die Art ihrer Benutzung und Verwaltung, ihre Herstellung und Aufhebung. Aber das alles läßt den Schluß nicht zu, daß das Eigentum an diesen Sachen kein zivilrechtliches ist. Wo sind denn die Funktionen, die das gewöhnliche Eigentum nicht ausüben kann? Wir bekommen hierauf bei Mayer keine Antwort. Wir hingegen können feststellen, daß der usus publicus so ziemlich den ganzen

Inhalt des sog. öffentlichen Eigentums ausmachen muß, denn, wie Mayer selbst behauptet, sind die zahlreichen, wenn auch beschränkten dinglichen Rechte des B.G.B., deren Begründung das zivilrechtliche Eigentum gestattet, am öffentlichen Eigentum nicht möglich. Das Zivileigentum verträgt öffentliche Rechte, aber nicht umgekehrt. Das öffentliche Eigentum läßt z. B. die tatsächlich bestehenden zivilrechtlichen Dienstbarkeiten unerklärt, es läßt die öffentlichen Sachen ohne Schutz, sobald nicht die Polizei eingreifen muß. D. h. wo der Gemeingebrauch wegfällt, da fällt mit ihm auch das sog. öffentliche Eigentum. Es gibt tatsächlich keine einzige Funktion, die das zivilrechtliche Eigentum nicht ausüben könnte.

Wir glauben daher, daß man den Begriff des öffentlichen Eigentums sehr wohl entbehren kann. Es ist ein unnützer Begriff, mit dem wir uns nicht herumzuschlagen brauchen.

Auch der öffentlich-rechtliche Besitz, den Otto Mayer aus dieser öffentlich-rechtlichen Eigentumsordnung heraus konstruiert hat, besteht nicht, sodaß er also auch nicht als Wirkung der Begründung eines Sonderrechtes auftreten kann.